



**UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO**

Escuela de
Postgrado

**“EL TRATO DIRECTO EN EL MARCO DEL SICRECI ¿INTENTO
DE SOLUCIÓN O INVITACIÓN A DEMANDARNOS?”**

**Trabajo de Investigación presentado
para optar al Grado Académico de
Magíster en Derecho Administrativo
Económico**

Presentada por:

Francis Emily Torres Fernandez

Enrique Jesús Cabrera Gomez

Asesor: Profesor Alfredo Bullard González

[0000-0003-0861-1714](tel:0000-0003-0861-1714)

Lima, julio 2021

Dedicado a los amigos y compañeros que partieron en medio de la pandemia COVID-19, por ayudarnos a entender que pase lo que pase estar vivo siempre es una gran bendición y que cada día es una nueva oportunidad.

Resumen ejecutivo

El presente trabajo de investigación está enfocado en la necesidad de mejora que actualmente tiene la etapa de trato directo en el marco del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (Sicreci), a fin de realizar propuestas que sirvan para potenciar la misma, y por ende lograr los beneficios de este periodo.

Para ello hemos partido analizando el impacto de la inversión extranjera directa (IED). Si bien, conforme señalamos en el documento, existe competencia por atraer IED dado los beneficios económicos que se generan para el país, lo cierto es que en muchos casos se suscitarán desacuerdos con los inversionistas, por lo que resulta necesario conocer y analizar cuál es el tratamiento que el Estado brinda a las disputas relacionadas con la IED.

En tal sentido, este trabajo de investigación desarrolla cómo funciona el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (Sicreci), a nivel normativo, y principalmente, a nivel práctico. Para ello, hemos realizado un análisis de Fortalezas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas (FODA) del sistema, a fin de posteriormente centrarnos en la etapa de Trato Directo.

Respecto a esta etapa, debemos señalar que hemos detectado una serie de condiciones que no favorecen el éxito de la misma. Así, por ejemplo, la normativa actual no desarrolla la finalidad de este periodo, ni su procedimiento. Tampoco existe una política nacional sobre el tratamiento de las disputas por IED, ni se cuenta con criterios objetivos que sirvan de respaldo a los funcionarios públicos de la Comisión Especial que proponen solucionar las controversias en este periodo; ello aunado a la falta de un equipo especializado en el manejo y resolución de conflictos al interior de la Comisión Especial; y que la Ley del Sicreci genera responsabilidad en aquel funcionario que opine distinto a la entidad de origen del conflicto.

La problemática descrita nos lleva a que toda disputa presentada por los inversionistas acabe convirtiéndose en un arbitraje internacional, lo cual no es favorable para el Perú ni en términos económicos ni para su reputación como país que busca atraer inversión extranjera; por lo que a partir de las falencias detectadas en esta etapa hemos realizado algunas propuestas de mejora, como por ejemplo la sofisticación de este periodo, la división de equipos de trabajo al interior de la Comisión Especial, el establecimiento de criterios objetivos que permitan determinar que es más beneficioso para el país solucionar las controversias en este periodo en lugar de litigarlas en un arbitraje internacional,; y la eliminación de la regla de responsabilidad por opinar distinto a la entidad de origen del conflicto, considerando que esta desnaturaliza el sentido que sea una

Comisión la encargada de atender la disputa.

Finalmente, es pertinente precisar que el levantamiento de la información se realizó básicamente a partir de entrevistas efectuadas a nivel nacional e internacional, a funcionarios del Estado, profesionales de muy reconocido prestigio, e incluso árbitros del CIADI, quienes generosamente compartieron su experiencia en el manejo de disputas relacionadas a IED, hecho que sirvió de insumo esencial en la elaboración del presente texto.

Índice

Índice de tablas.....	ix
Índice de gráficos.....	x
Índice de anexos.....	xi
 Resumen ejecutivo	 iii
 Capítulo I: Introducción.....	 1
 Capítulo II: Planteamiento del problema.....	 5
1. Justificación de la investigación.....	5
2. Formulación del problema.....	5
3. Objetivos de investigación.....	6
4. Metodología de la investigación.....	6
4.1 Entrevistas.....	6
4.1.1 Profesionales Nacionales.....	7
4.1.2 Profesionales Extranjeros.....	8
5. Muestra de la investigación.....	8
6. Análisis documental.....	9
 Capítulo III: Marco teórico.....	 11
1. Inversión extranjera directa.....	11
2. Mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado.....	13
3. Centros Internacionales de solución de controversias.....	16
3.1 Centro Internacional de arreglo de diferencias Inversionista-Estado (CIADI).....	17
 Capítulo IV: Sicreci.....	 22
1. Orígenes del Sicreci.....	22
2. Objetivos de la Ley N° 28933, Ley del Sicreci.....	25
2.1 Optimizar la respuesta y coordinación al interior del sector público frente a las controversias internacionales de inversión, permitiendo una oportuna y apropiada atención.....	25

2.2 Centralizar la información de los acuerdos y tratados en materia de inversión suscritos por el Estado Peruano que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias.....	26
2.3 Establecer un mecanismo de alerta al surgimiento de cualquier controversia internacional de inversión.....	27
2.4 Centralizar la información respecto a las controversias internacionales de inversión que se susciten.....	28
2.5 Definir el procedimiento de coordinación entre las entidades públicas involucradas en una controversia.....	29
2.6 Internalizar los costos generados por las entidades públicas involucradas en una controversia.....	30
2.7 Estandarizar en la medida de lo posible, las cláusulas de solución de controversias a incluirse en los acuerdos y tratados en materia de inversión bajo el ámbito de la referida Ley.....	31
3. Ámbito de aplicación del Sicreci.....	32
4. Estructura del Sicreci.....	33
5. Etapas de respuesta de la controversia de acuerdo al Sicreci.....	36
 Capítulo V: Radiografía Del Sicreci.....	41
1. Fortalezas.....	42
1.1 Existencia de un procedimiento único de respuesta creado por Ley para atender la controversia de inversión.....	42
1.2 La Comisión Especial decide su competencia.....	43
1.3 El Sicreci dispone la existencia de una etapa de trato directo.....	44
1.4 En la etapa de trato directo, el inversionista tiene la oportunidad de explicar la problemática y reunirse no solo con la entidad en litigio sino además con una comisión especial, la cual está integrada por una serie de entidades interesadas en coadyuvar en la solución del problema tales como el MEF, MINJUS, ProInversión, Relaciones Exteriores, etc.....	45
2. Oportunidades.....	46
2.1 Participación de representantes del Sicreci en Foros Internacionales.....	46
2.2 Presiones externas para el cambio del marco normativo.....	46
3. Debilidades.....	48
3.1 La etapa de trato directo constituye una etapa tardía para prevenir el conflicto.....	48
3.2 Falta de desarrollo normativo para que la Comisión Especial pueda ejercer la Potestad Sancionadora.....	50
3.3 No se exige de manera obligatoria ninguna capacitación para ser miembros de la Comisión Especial, ni para participar en las Entidades Públicas en temas vinculados a controversias de	

inversión.....	51
3.4 No se ha regulado en la etapa de trato directo los plazos establecidos entre cada ítem.....	51
3.5 Falta de claridad del objetivo de la etapa de trato directo.....	53
3.6 Falta de estándares de negociación para la etapa de trato directo.....	54
3.7 Falta de especialización y división de equipos al interior de la Comisión Especial para llevar a cabo la etapa de trato directo.....	55
3.8 La confidencialidad de las opiniones o recomendaciones producidas en el marco del proceso deliberativo de la Comisión Especial, en la etapa de trato directo deben estar establecida a nivel de la Ley del Sicreci, a efectos de disminuir el temor de los funcionarios públicos.....	56
3.9 El Sistema dispone la comunicación de suscripción de acuerdos que estipulen un mecanismo internacional de solución de controversias, de forma posterior a la realización de este; por ende, no se pueden prevenir cláusulas patológicas.....	56
4. Amenaza.....	57
4.1 La excesiva carga de la Comisión Especial podría generar que exista una inadecuada atención de los casos.....	57
4.2 Riesgo que la Comisión Especial no alcance su finalidad.....	58
4.3 Falta de una política que regule el tratamiento de los inversionistas.....	59
4.4 El temor existente por parte de los Servidores Públicos a la Contraloría General de la República.....	62
4.5 La mayoría de entidades no cuentan con servidores capacitados en controversias de inversión.....	63
4.6 Falta de comunicación entre los GORES y la Comisión Especial.....	64
4.7 Las entidades originarias del conflicto no tienen obligación de informar en el marco del Sicreci las medidas adoptadas para evitar que hechos ocurridos originen futuros arbitrajes.	65
Capítulo VI: Teoría del <i>Public Choice</i> y su vinculación con la etapa de trato directo.....	67
1. Introducción a la <i>Public Choice</i>	67
2. Elementos de la <i>Públic Choice</i>	68
2.1 Individualismo metodológico.....	68
2.2 <i>Homo economicus</i>	68
2.3 Intercambio político.....	69
Capítulo VII: Reencontrándonos con la etapa de trato directo.....	71
1. Acercamiento a la etapa de trato directo.....	71

2. Fotografía de la etapa de trato directo regulada en la Ley de Sicreci.....	73
3. Identificación de las falencias de la etapa de trato directo.....	82
4. Falta de regulación en el procedimiento y ausencia de finalidad de la etapa de trato directo.....	82
5. Falta de orientación política de la etapa de trato directo.....	85
6. Falta de sofisticación de la etapa de trato directo.....	86
7. Dándole un nuevo rostro a la etapa de trato directo.....	87
Conclusiones y recomendaciones.....	90
1. Conclusiones.....	90
2. Recomendaciones.....	90
Bibliografía.....	94
Anexos.....	102
Nota biográfica.....	118

Índice de tablas

Tabla 1	Sujetos a entrevistar.....	8
Tabla 2	Controversias presentadas a la Comisión Especial durante el periodo 2011 al 2015.....	73
Tabla 3	Controversias presentadas a la Comisión Especial durante el periodo 2016 al 2020.....	77

Índice de gráficos

Gráfico 1	Disputas presentadas al Sicreci durante el periodo 2011-2015.....	74
Gráfico 2	Diferencia entre la suma pagada por el Perú y la suma recuperada a favor de Perú durante el periodo 2011-2015.....	75
Gráfico 3	Disputas presentadas al Sicreci durante el periodo 2016- 2020.....	78

Índice de anexos

Anexo 1	Sistema de solución de controversias: Balance 2019.....	107
Anexo 2	Listas de Acuerdos Internacionales de inversión celebrados por Perú en los cuales se regula el trato directo.....	108
Anexo 3	Oficio que adjunta los Informes elaborados por el Doctor Alfredo Bullard, a pedido del Ministerio de Economía y Finanzas, como Consultoría para la institucionalización del manejo de controversias Inversionista-Estado dentro del Estado.....	118
Anexo 4	Oficio que adjunta información sobre el presupuesto otorgado a la Comisión Especial del Sicreci durante el año 2019, 2020 y 2021, para el ejercicio de sus funciones.....	119
Anexo 5	Memorando que adjunta información sobre el número de solicitudes ingresadas para el inicio del procedimiento de trato directo desde el año 2015 hasta la fecha actual.	120

Capítulo I. Introducción

En las últimas décadas se ha venido promoviendo la inversión extranjera en aras de dinamizar la economía del país, lo cual ha conllevado la suscripción de diversos tipos de acuerdos internacionales. Así, podemos señalar que el Perú ha tenido un total de 33 Tratados Bilaterales de Inversión (BIT), de los cuales 27 siguen vigente, y ha suscrito 31 Tratados de Libre Comercio (TLC), de los cuales 23 están vigentes.

Respecto al contenido de los acuerdos internacionales, queremos resaltar el establecimiento de las cláusulas de solución de controversias, implementadas a fin de garantizar que el inversionista de un país suscriptor que tenga alguna discrepancia en materia de inversión con el Estado Peruano, pueda revisar su caso con el Gobierno más allá de la entidad originaria del litigio, y que en caso no se llegue a ningún acuerdo, este facultado a demandar ante Tribunales Arbitrales Internacionales.

Así, en aras que el Estado Peruano pueda brindar una respuesta ágil y eficiente al inversionista que presenta una controversia, en el año 2006, a través de la Ley N° 28933, se crea el “Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión”, en adelante Sicreci, con el fin de coadyuvar, en primera instancia, al arribo de una solución técnica y legalmente viable del problema, que sea mutuamente satisfactoria para ambas partes, y en caso no se pudiese concretar la misma, realizar una adecuada defensa de los intereses del Estado Peruano.

En relación a la respuesta del Estado Peruano una vez surgida una controversia en particular, el maestro Bullard (2004a)¹ ha señalado que el Estado debe lograr una reacción inteligente que sea capaz de optar por un equilibrio entre los intereses estatales en el marco de la controversia en particular y los intereses del Estado en perspectiva. Así, señala «[...] En otros términos, nunca debemos olvidar que el Perú se encuentra permanentemente en competencia por atraer inversión extranjera, competencia que puede verse afectada grave e innecesariamente por cualquier reacción desmedida o poco prudente de parte del Estado cuando se presentan efectivamente controversias. [...]» Debe evitarse así cualquier reacción que pueda ser interpretada como haber

¹ Documento obtenido mediante el Oficio N° 0344-2021-EF/45.02, de fecha 15 de febrero de 2021, remitido por la directora general de la Oficina General de Servicios al Usuario del Ministerio de Economía y Finanzas, a través del cual adjunta el Memorando N° 006-2021-EF/32 que remite la respuesta brindada por la Presidenta de la Comisión Especial, creada mediante Ley N° 28933, Ley que Establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, de la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad.

pateado el tablero, sin que ello signifique que el Estado deje de actuar decididamente en defensa de sus legítimos intereses. «[...]. Es así que atendiendo a ello debe establecerse un mecanismo que, permitiendo una efectiva defensa del Estado, propicie a su vez un ambiente que favorezca a la inversión»

En tal sentido, el Sicreci como sistema, básicamente contiene dos etapas, la primera, la etapa de trato directo, cuya finalidad es llegar a una solución consensuada entre el inversionista y los representantes del Estado, a efectos de evitar el litigio vía arbitral. De no llegar a un acuerdo de solución, se activará la segunda etapa, en la cual el Sicreci desplegará los mecanismos necesarios a efectos de realizar la contratación de los mejores estudios de abogados internacionales que realizarán la defensa del país, a efectos de ganar el litigio en un arbitraje internacional.

Si bien es cierto que hasta hace un par de años podíamos estar satisfechos con el buen performance del Estado en los arbitrajes de inversión², a la fecha nuestro futuro en esta materia es incierto, considerando el incremento sustantivo de arbitrajes interpuestos contra el Estado Peruano durante los últimos años³. Así, actualmente de acuerdo a lo indicado por el Ministerio de Economía y Finanzas tenemos veintiún arbitrajes en litigio, a los que debemos sumarle veintidós solicitudes que no se solucionaron en la etapa de trato directo y que potencialmente podrían iniciar el arbitraje, ocho casos que se vienen ventilando en la etapa de trato directo, y los casos en los que la Comisión aún evalúa su competencia.

En este punto debemos recordar que las demandas en arbitrajes de inversión no contienen reclamos de dinero menores, sino que suele tratarse de sumas realmente considerables. Para dar una cifra, el monto promedio de solo 17 de los 21 casos de arbitraje interpuestos contra el Estado Peruano asciende ya a 18 mil millones de soles aproximadamente.

La Ley N° 31084, Ley del Presupuesto Público del año 2021, señaló que el Presupuesto Anual de Gastos para el presente año fiscal es de poco más de 180 Mil Millones de Soles, es decir, hablamos que las pretensiones de todas las demandas arbitrales de inversión superan en demasía

² En base al Anexo 1 del presente trabajo (Resultados de Casos Concluidos elaborado por la Comisión Especial del Sicreci), se desprende que de los casos concluidos en los que participó el Estado Peruano, el Perú ha pagado 43.4 millones de dólares; sin embargo, ha recibido 109.1 millones de dólares a favor, con un costo aproximadamente 43.5 millones de dólares en abogados. En general, se puede afirmar que del 100% de casos concluidos, el 82,35% han sido Laudos a favor del Estado y 17,65% Laudos a favor del inversionista.

³ Es pertinente recalcar que acuerdo a lo señalado en la Revista Iberoamericana CIAR GLOBAL, el Perú destaca como el país más demandado con 6 arbitrajes abiertos en 2020 en el CIADI. Visto el 21.02.2021, en URL: <https://ciarglobal.com/peru-es-el-pais-mas-demandado-en-arbitraje-de-inversiones-en-2020/>

el 10% del total de todo el presupuesto de la República del Perú.

Respecto al costo de oportunidad de este dinero podemos señalar que el inciso 1 del artículo 22⁴ de la Ley citada señala que se han asignado 677 Millones para acciones de reducción de violencia contra la mujer, en el inciso 1 de su artículo 23⁵ que se han asignado 235 Millones para atención del friaje, heladas y nevadas del año 2021, y en el inciso 1 de su artículo 24⁶ que se han asignado 308 Millones de soles para acciones vinculadas al desarrollo infantil temprano; es decir, el monto asignado a estos 3 conceptos, no es ni la décima parte de las pretensiones de las demandas interpuestas.

En tal sentido, considerando que dada la situación económica actual cada centavo es más que necesario, y aún necesitamos atraer más inversión extranjera directa que ayude al desarrollo del país, la presente tesis busca revalorar la etapa de trato directo, a efectos que constituya una etapa de auto verificación concienzuda de los actos gubernamentales, en el marco de una política de atracción de inversiones aún desconocida; y que no sea una mera formalidad previa para que el inversionista demande al Perú en un centro de arbitraje internacional.

Respecto a la estructura del presente documento, la tesis está dividida en capítulos; a nivel sustantivo podemos hablar de tres segmentos fundamentales: el primero referido al marco teórico de la inversión extranjera directa y de los mecanismos de solución de controversias

⁴ Artículo 22. Implementación de acciones vinculadas a la reducción de violencia contra la mujer

22.1 Dispónese que, en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2021 se han asignado recursos, hasta por la suma de S/ 690 677 772,00 (SEISCIENTOS NOVENTA MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS Y 00/100 SOLES), para financiar acciones vinculadas a la reducción de la violencia contra la mujer. [...]

⁵ Artículo 23. Financiamiento de acciones para atenciones del friaje, heladas y nevadas

23.1 Dispónese que, en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2021, se han asignado recursos en el pliego Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento hasta por la suma de S/ 235 709 883,00 (DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES Y 00/100 SOLES), y en el pliego Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego hasta por la suma de S/ 66 894 700,00 (SESENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS Y 00/100 SOLES) por la fuente de financiamiento Recursos Ordinarios, para financiar la implementación de viviendas rurales y construcción de cobertizos, aseguramiento de la provisión de alimentos para ganado y camélidos, y adquisición de kits agropecuarios, en las zonas afectadas por friajes, heladas y nevadas de acuerdo a la focalización y metas establecidas en el Plan Multisectorial de Heladas y Friaje 2019-2021 y sus actualizaciones, quedando dichos ministerios facultados para ejecutar las acciones que correspondan. [...]

⁶ Artículo 24. Implementación de acciones vinculadas al Desarrollo Infantil Temprano

24.1 Dispónese que, en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2021, por la fuente de financiamiento Recursos Ordinarios, se han asignado recursos hasta por la suma de S/ 308 062 319,00 (TRESCIENTOS OCHO MILLONES SESENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS DIECINUEVE Y 00/100 SOLES), para financiar acciones vinculadas al Desarrollo Infantil Temprano. [...]

inversionista-Estado; el segundo segmento es una radiografía del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (Sicreci), en el cual se analiza las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas del sistema; y el tercero, constituye el foco de nuestro trabajo, realizándose un diagnóstico de las falencias de la etapa de trato directo actual, sus consecuencias, y dando algunas pautas sobre como revalorar la misma integrándola en una política de atracción de inversiones y de prevención del conflicto, considerando que tener muchas demandas de arbitraje no es lo más óptimo para la economía y reputación del país.

Capítulo II. Planteamiento del problema

1. Justificación de la investigación

Los inversionistas extranjeros cumplen roles que constituyen dos lados de una misma moneda. Así, de un lado, son clientes de las agencias de promoción de inversión, por ende, se les busca atraer a afectos que coloquen su capital y tecnología en un país determinado; y del otro, cuando existe una disputa o controversia con el país receptor de la inversión, acaban constituyéndose en la contraparte del litigio arbitral.

Dicho lo expuesto, podemos afirmar que, si bien como país a todos nos interesa que prevalezcan los intereses nacionales, no existe ningún interés ni beneficio en pelear con el inversionista extranjero, y perder con ello la posibilidad que amplíe su inversión. Recordemos que de acuerdo a lo señalado por Etchegaray y Arias (2020), a través del Banco Interamericano de Desarrollo, el 70% de los proyectos de IED son expansiones de inversiones ya existentes.

Ahora bien, la pregunta que surge es ¿Cómo se logra ello? Respecto de la situación de nuestro país, actualmente se sabe que el Estado Peruano ha sufrido un boom de demandas de arbitraje internacional; las cuales implican un costo económico significativo independientemente del resultado que se tenga (por el pago de abogados y servicios arbitrales), además de un desmedro en la reputación del país frente a los posibles nuevos inversionistas extranjeros.

En tal sentido, en respuesta a la pregunta, el Sistema de Atención de Controversias Internacionales de Inversión, Sicreci, estableció que, de manera previa a la interposición del arbitraje, las partes deben llevar a cabo la etapa de trato directo, en aras que en la medida de lo posible llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes.

Ahora bien, dada la situación que afronta el país respecto al número de demandas arbitrales, la presente investigación busca determinar si la etapa de trato directo se ha convertido en una mera formalidad previa, en lugar de servir como una etapa de búsqueda de soluciones y autoanálisis, lo cual conllevaría a la pérdida de una valiosa oportunidad de evitar el litigio arbitral.

2. Formulación del problema

Este numeral contiene la delimitación temporal y geográfica del presente trabajo, la pregunta que buscamos responder a través de nuestro análisis, así como la hipótesis sobre la cual partimos, conforme se muestra a continuación:

- **Delimitación:** El presente trabajo se circunscribe a analizar el periodo 2010-2020 de vigencia de la Ley del Sicreci, cuya aplicación obligatoria rige en el Perú.

- **Pregunta:** ¿La etapa de trato directo en el marco del Sicreci intenta solucionar la controversia o por el contrario alienta la interposición de una demanda arbitral?
- **Hipótesis:** Consideramos que si bien la etapa de trato directo fue creada en la Ley del Sicreci con la finalidad de ser un periodo de autoevaluación de las acciones del propio Gobierno, y a su vez servir de filtro para reducir el número de demandas arbitrales; al no tener esta etapa ninguna regulación, ni contar con un objetivo ni norte claro, sumado al temor de los funcionarios públicos que la dirigen, en los últimos años se ha constituido en una etapa que incentiva la interposición de demandas contra el Estado Peruano.

3. Objetivos de investigación

El presente trabajo tiene como objetivos de la investigación los siguientes puntos:

- Contribuir a la mejor comprensión de cómo funciona el Sicreci a través del desarrollo de un análisis FODA del sistema.
- Determinar las principales falencias de la etapa de trato directo y su impacto negativo para el Perú.
- Realizar propuestas de mejora, en aras de fortalecer la etapa de trato directo del Sicreci.

4. Metodología de la Investigación

El presente trabajo tendrá un enfoque cualitativo. De acuerdo a Hernández (2014) en los estudios cualitativos es factible desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y análisis de los datos.

Como métodos a utilizar en nuestro estudio señalamos:

4.1. Entrevistas

Definir una muestra de veintitrés profesionales nacionales y extranjeros (expertos en la materia, funcionarios y servidores públicos de la Comisión Especial, asesores legales de inversionistas, y expertos en medios alternativos de resolución de conflictos).

La entrevista es una técnica de recopilación de información mediante una conversación profesional, con la que además de adquirirse información acerca de lo que se investiga, se recaba beneficios a nivel educativo.

En tal sentido, a efectos de lograr una mejor comprensión técnica sobre el tema en cuestión, a efectos de determinar si la etapa de trato directo ha alcanzado su finalidad, resulta pertinente

realizar entrevistas a los expertos y/o profesionales en la materia, alternando entre entrevistas no estructuradas y entrevistas dirigidas, las que como señala Monje (2011), se diferencian por su flexibilidad. En el primer caso el objetivo es captar la percepción del entrevistado, sin imponer la opinión del investigador, y a partir de preguntas base, el entrevistador puede modificar el orden de éstas, así como la forma de encauzarlas o variar su formulación para adaptarlas a las diversas situaciones y características particulares de los sujetos de estudio. En el caso de las entrevistas dirigidas las preguntas son semiestructuradas, usando en ellas una lista o una guía de temas, permitiendo que los participantes se expresen con libertad respecto a todos los temas de la lista, como un conjunto de preguntas generales.

La realización de dichas entrevistas ha sido la fuente más importante de información, considerando que estas fueron efectuadas a especialistas y funcionarios involucrados directa o indirectamente en el diseño de Sicreci, y en las etapas de manejo de las controversias que han tenido lugar entre inversionistas extranjeros y el Estado Peruano.

Asimismo, se ha entrevistado a abogados extranjeros, en aras que, a partir de su experiencia, podamos conocer cómo funciona la etapa de trato directo en otros países de la región.

En ese sentido se han efectuado las siguientes entrevistas:

4.1.1 Profesionales peruanos

- **Economista Javier Hernando Illescas Mucha:** Ex Funcionario Público de la Comisión Especial.
- **Dr. Carlos Ramírez Rodríguez:** Ex Funcionario Público de la Comisión Especial.
- **Dr. Carlos Jose Valderrama:** Ex Funcionario Público de la Comisión Especial.
- **Dr. Ricardo De Urioste:** Ex Funcionario Público
- **Dra. Magrit Cordero Hajar:** Ex Servidora Pública
- **Dr. Fernando Cantuarias Salaverry:** Profesional Especialista en Arbitraje Internacional.
- **Dr. José Domingo Rivarola Reisz:** Profesional Especialista en Arbitraje Internacional.
- **Dr. Eric Franco Regjo:** Profesional Especialista en Arbitraje Internacional.
- **Dr. Freddy Escobar Rozas:** Profesional Especialista en Arbitraje Internacional.
- **Dra. Ana María Arrarte:** Asesora Legal de Inversionistas.

- **Dra. Licy Benzaquen Gonzalo:** Asesora Legal de Inversionistas.
- **Dr. Rolando Salvatierra Combina:** Asesor Legal de inversionistas.
- **Dr. Guido Bocchio Carbajal:** Asesor legal de inversionistas.
- **Dr. Eduardo Lanaos:** Profesional Especialista en Negociación y Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos.
- **Dr. Francisco Dumler:** Profesional Especialista en Negociación y Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos.

4.1.2 Profesionales Extranjeros

- **Bernardo M. Cremades (Reino de España):** Profesional Internacional Especialista en Arbitraje Internacional de Inversión y Derecho Internacional.
- **Dr. Ricardo Vásquez Urrea (República de Chile):** Profesional Internacional Especialista en Arbitraje Internacional de Inversión y Derecho Internacional.
- **Dyalá Jiménez Figueres (República de Costa Rica):** Profesional Internacional Especialista en Arbitraje Internacional de Inversión y Derecho Internacional.
- **Dr. Luis González García (Estados Unidos Mexicanos):** Profesional Internacional Especialista en Arbitraje Internacional de Inversión y Derecho Internacional.
- **Dr. Miguel Ángel Galindo Vega (Estados Unidos Mexicanos):** Profesional Internacional Especialista en Arbitraje Internacional de Inversión y Derecho Internacional.
- **Dra. Magdalena Blas (República Oriental del Uruguay):** Profesional Internacional Especialista en Derecho Internacional y Arbitraje Internacional.
- **Dra. Ana María Ordoñez Puentes (República de Colombia):** Profesional Internacional Especialista en Arbitraje Internacional de Inversión.
- **Ivette Martínez (República de Panamá)** Profesional Internacional Especialista en Arbitraje Internacional.

5. Muestra de la investigación:

Tabla 1. Sujetos a entrevistar

N° de entrevistas (como mínimo)	Sujetos
------------------------------------	---------

5	Profesionales de la Secretaría Técnica de la Comisión Especial del Sicreci, que se encuentren laborando o hayan laborado en el órgano colegiado.
4	Inversionistas o sus asesores legales.
4	Profesionales nacionales en derecho especialistas en arbitraje internacional
8	Profesionales internacionales especialistas en derecho internacional o arbitraje internacional de inversión.
2	Profesionales especialistas en negociación

Fuente: Elaboración propia 2021

6. Análisis documental:

El análisis documental es una forma de investigación técnica, que comprende el procesamiento analítico- sintético de la fuente documental.

El tratamiento documental comprende la extracción científico-informativa, una extracción que se propone ser un reflejo objetivo de la fuente original, pero que conlleva la recuperación de los nuevos mensajes subyacentes en el documento.

En relación al presente trabajo, se analizará el procedimiento de atención de las controversias de inversión surgidas con el Estado Peruano, cuyos documentos se encuentren en los archivos publicados en la página web del MEF y del CIADI, en aras de ir delimitando y centrando nuestra atención a aquella parte del procedimiento del Sicreci que merecería ser reforzada.

Asimismo, como anexo 1 del presente Trabajo de Investigación, se presenta un cuadro resumen de los arbitrajes concluidos en los que participo el Perú, en donde se puede apreciar una serie de datos relevantes, como la nacionalidad del inversionista, la materia de controversia, la base jurídica, el monto de compensación solicitado por el inversionista y lo que al final se le terminó pagando en aquellos casos que haya resultado victorioso.

Adicionalmente, en el anexo 2, se puede observar la compilación de 24 de los 50 Acuerdos Internacionales de inversión celebrados por Perú en los cuales se regula el trato directo vigentes a la fecha.

De otro lado, en relación a la información proporcionada por el Ministerio de Economía y Finanzas, adjuntamos como anexo 3, el oficio que adjunta los informes elaborados por el Doctor Alfredo Bullard, como consecuencia de la consultoría para la institucionalización del manejo de controversias Inversionista-Estado dentro del Estado. Asimismo, se observa como anexo 4, el oficio que adjunta información sobre el presupuesto asignado para la defensa del Estado en las Controversias Internacionales de Inversión bajo el ámbito del SICRECI, de conformidad con lo establecido en el numeral 14.1 del Artículo 14 de la Ley 28933, durante el año 2019, 2020 y 2021.

Finalmente, en el anexo 5 del presente Trabajo de Investigación, se adjunta el memorando que contiene información sobre el número de solicitudes ingresadas para el inicio del procedimiento de trato directo desde el año 2015 hasta la fecha actual, detallando: (i) número de solicitudes solucionadas en la etapa de trato directo; (ii) número de solicitudes retiradas; (iii) número de solicitudes que no llegaron a acuerdo alguno; (iv) número de solicitudes que han dado origen al arbitraje de inversión; y (v) número de solicitudes pendientes a la fecha.

Capítulo III. Marco teórico

1. Inversión Extranjera Directa

Según García y López (2020), la Inversión Extranjera Directa (IED) se define como una operación que involucra una relación de largo plazo en la cual una persona física o jurídica residente de una economía (inversor directo) tiene el objetivo de obtener una participación duradera en una empresa o entidad residente de otra economía. Asimismo, en concordancia con lo señalado por las Naciones Unidas CEPAL. División de Desarrollo Productivo y Empresarial (2007), la IED tiene como propósito crear un vínculo duradero con fines económicos y empresariales de largo plazo, por parte del inversionista extranjero en otro país, en razón de diversos motivos, tales como: i) búsqueda de materias primas, ii) búsqueda de mercado local, iii) búsqueda de eficiencia para la conquista de terceros mercados, y iv) búsqueda de activos *estratégicos*.

De acuerdo al Observatorio de Multinacionales en América Latina (OMAL) (2012), en el país de destino, la entrada de capitales puede realizarse mediante la creación de nuevas plantas productivas o la participación en empresas ya establecidas para conformar una filial de la compañía inversora. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2011), la IED tiene por objeto ejercer un control a largo plazo sobre la empresa adquirida o participada, y el criterio establecido para definirlo es que la propiedad adquirida por la sociedad matriz sea, como mínimo, del 10% de la filial.

Cabe precisar que de acuerdo al Instituto Peruano de Economía (IPE) (2013), si bien, tanto en la IED como en las *portfolio investment* o 'inversiones de cartera' existe una compra de acciones de empresas extranjeras, su diferencia radica en que esta última no tiene como propósito tener la administración de la empresa ya creada, sino que su foco es poder recibir la mayor cantidad de utilidades posible.

Dentro de los beneficios que trae la IED, Etchegaray y Arias (2020) señalan de manera gráfica a través la publicación realizada por el Banco Interamericano de Desarrollo, que cada dólar invertido en IED conduce a un dólar adicional en inversión nacional, y que a partir de este se pueden llegar a producir 187 dólares en la economía receptora; asimismo un puesto creado a través de la IED lleva a la generación entre uno y dos empleos en el país. En tal sentido, afirman que la IED estimula la inversión de capital local, crea más empleo y de mejor calidad, promueve encadenamientos y provoca mayor crecimiento y más ingresos al fisco; lo cual evidentemente mejora el estándar y nivel de vida de la población.

Los beneficios expuestos justifican la competencia que actualmente existe en los países por atraer IED, aunado a ello que la pandemia COVID-19 ha golpeado la economía de América Latina,

conforme lo señalado por Agencia EFE (2020a). Como muestra podemos señalar en concordancia con Agencia EFE (2020b) que, en el primer semestre del año 2020, la inversión extranjera directa en el Perú cayó en 72%, y de forma anual, de acuerdo a Prialé (2020), se informó una caída del 82.5 % de la inversión extranjera directa.

Por otro lado, en relación a los factores determinantes para que la empresa trasnacional o multinacional decida invertir en el país, podemos señalar 3 componentes a evaluarse, según García y López (2020): i) Las condiciones económicas (crecimiento del mercado, estabilidad macroeconómica, infraestructura de transporte, capacidad de competencia, etc); ii) las condiciones políticas institucionales (calidad institucional del país receptor, condiciones regulatorias, grado de carga tributaria, apertura comercial, etc); y iii) los instrumentos que tienen como objetivo principal atraer inversión extranjera.

Como correlato de lo expuesto, los Gobiernos han utilizados políticas pasivas y activas para la atracción de inversiones. En el primer caso, estas se basan primordialmente en las ventajas comparativas o en las condiciones macroeconómicas o estructurales del país, las que se toman como dadas sin hacer mayor esfuerzo, donde el éxito principalmente se mide por el monto de los flujos de inversión, teniéndose como ejemplo clásico de ventaja los recursos naturales con los que cuenta el país

Por el contrario, conforme indican García y López (2020), considerando la necesidad en el avance de los objetivos públicos que tiene cada país, donde no solo es importante el monto de los flujos, sino también el tipo de inversión, es decir, que coadyuve a las metas de desarrollo del país, los países han migrado hacia una política activa en las IED, considerando que no es lo mismo, por ejemplo, atraer inversiones en sectores de alto valor agregado que demanden mano de obra de alta calificada, que atraer inversiones en sectores extractivos con bajos niveles de encadenamiento local.

En las políticas activas se evidencia una intervención más proactiva por parte del gobierno. Esto supone, crear las condiciones necesarias para atraerlas, más allá del mercado o de los recursos naturales que dispone. Así por ejemplo las Naciones Unidas CEPAL. División de Desarrollo Productivo y Empresarial (2007) señala como elementos de este modelo la creación de una Agencia de Promoción de Inversiones, el establecimiento de incentivos fiscales, el mejoramiento del marco regulatorio, la promoción de políticas selectivas para mejorar el clima de inversión, entre otros.

A todos estos instrumentos de la política activa de IED, quisiéramos añadir el establecimiento de mecanismos de solución de controversias inversionista – Estado, teniendo en cuenta que resulta

relevante para cualquier inversionista conocer claramente la ruta que deberá seguir en caso surja algún desacuerdo con el Estado donde realiza la inversión.

El Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión – Sicreci, justamente atendió dicha necesidad, en aras de promover la IED que requeríamos en el pasado como país, y que actualmente seguimos requiriendo.

2. Mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado

Como se ha visto en el punto anterior, la inversión extranjera ha sido calificada principalmente por los países emergentes como una fuente de desarrollo, donde se pueda compartir nuevas tecnologías, así como métodos novedosos de administración de empresas, en aras de coadyuvar al crecimiento económico de los países receptores de la inversión.

Refiriéndose al rol que desempeña la inversión extranjera directa en el crecimiento económico, la OECD Global Forum on International Investment (2001) señala lo siguiente⁷:

«La inversión extranjera directa (en adelante, FDI) es un elemento clave para un desarrollo económico exitoso en países en desarrollo. Ello se debe a que la verdadera esencia del desarrollo económico es la rápida y eficiente transferencia y adopción de las “mejores prácticas” en el país. El FDI es bastante útil para este efecto y para trasladarlo a una base extensa de crecimiento al fortalecer el capital humano. Así como el crecimiento es el factor más importante para la reducción de la pobreza, el FDI es central para alcanzar dicha meta. [...] El desarrollo de programas sociales para los pobres [...] puede beneficiarse directamente de la confianza a los inversionistas extranjeros. Si bien podemos catalogarlo como una de las herramientas disponibles, el FDI deberá permanecer como una de las más eficientes en la lucha contra la pobreza.»⁸

Ahora bien, teniendo en cuenta que este tipo de inversiones implican un proyecto a largo plazo,

⁷ Estudio desarrollado por Klein, Aarón y Hadjimichael para el Banco Mundial

⁸ Traducción libre de: “*FDI (foreign direct investment) is a key ingredient for successful economic growth in developing countries. This is because the very essence of economic development is the rapid and efficient transfer and adoption of “best practices” across borders. FDI is particularly well suited to effect this and translate it into broad-based growth, not least by upgrading human capital. As growth is the single- most important factor affecting poverty reduction, FDI is central to achieving that goal. The key alternative approaches that might direct more of the fruits of growth to the poor are government-led programs that improve social safety nets and explicitly redistribute assets and income. But these are not alternatives to sensible growth-oriented policies. They are complements. Growth is needed to fund these programs. Moreover, the delivery of social services to the poor “from insurance schemes to access to basic services such as water and energy” can clearly benefit from reliance on foreign investors. However we may look at it “among the tools available” FDI remains among the most effective ones in the fight against poverty*”

durante su desarrollo siempre existirá la posibilidad que surja algún desacuerdo entre el Estado y el inversionista extranjero. Así, resulta lógico que el primero averigüe sobre la situación y reputación del sistema jurisdiccional del país en que invertirá.

Al respecto, son más que conocidos lamentablemente los diversos problemas que enfrenta el sistema jurisdiccional de muchos de los países de América Latina, tales como la debilidad institucional que adolecen, los problemas de *enforcement*, corrupción, y la lentitud con que se desarrollan los casos; por lo que resulta natural que el inversionista extranjero no sienta confianza en que los jueces del país donde realiza la inversión resuelvan sus disputas.

De acuerdo al *Ranking Global* de Competitividad 2019, elaborado por el *World Economic Forum* (WEF), el «[...] Perú ocupa el lugar 65 de 141 países examinados y su posición es crítica en ocho pilares. Así, respecto al indicador institucionalidad, el país ocupa el puesto 94, y sobre el indicador eficiencia del marco legal en la solución de controversias, el Perú ocupa el puesto 134 (siete puestos menos que el último lugar). En la fiabilidad de los servicios policiales, el país está en el puesto 131; en la carga de la regulación gubernamental —que se refiere directamente al desempeño del sector público—, en el lugar 128; mientras que, en independencia judicial, el puesto es el 122» (Redacción Gestión 2019). Es decir, en ninguno de estos aspectos evaluados por el WEF se logra superar el quinto grupo inferior de países; y para el año 2020, el *ranking Doing Business*, calificación que mide el clima de negocios de un país, señala que el Perú reflejó una caída del puesto 68 al 76 en la lista de 190 países evaluados, conforme lo señala SEMANAeconómina (2019).

Como consecuencia de la problemática descrita, los inversionistas extranjeros optan por recurrir a tribunales internacionales, imparciales y especializados en materia de inversiones, bajo la premisa que en esta jurisdicción se resolverá su controversia de manera técnica, con mayor celeridad, y sin ningún tipo de presión política o sesgos, como podría potencialmente llevarse ante las cortes locales.

En respuesta, a fin de no desincentivar la inversión en el país, el Perú ha suscrito contratos y acuerdos internacionales en materia de inversión que comprometen el sometimiento de la controversia a cortes pactadas por consenso de ambas partes.

De acuerdo al Ministerio de Economía y Finanzas (2016), los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), establecen un marco jurídico de promoción y protección de las inversiones, los

cuales no solo contienen estándares de protección al inversionista⁹, sino que también incluyen un mecanismo que permite resolver las controversias que surjan con el Estado receptor de la Inversión.

En tal sentido, una gran cantidad de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y Tratados de Libre Comercio (TLC) que incluyen disposiciones sustantivas sobre tratamiento a inversiones extranjeras, prevén que el arbitraje internacional sea realizado en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Cámara Internacional de Comercio, o con arreglo a las normas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

En el marco jurídico internacional actual relativo al tema de inversiones, en razón de los problemas jurisdiccionales antes descritos, el arbitraje internacional se ha establecido como la opción favorita que tienen a su disponibilidad los inversionistas extranjeros para poder demandar al Estado receptor de su inversión.

Respecto al arbitraje internacional, como mecanismo de solución de controversias, se sostiene:

«El arbitraje internacional es usualmente el único proceso adjudicatorio aceptable para ambas partes en los contratos con el Estado. El Estado buscará arbitraje para evadir la publicidad, o evitar someterse a la Corte de un país extranjero que aparecería como una afrenta a su soberanía. La empresa multinacional puede temer que las Cortes del país anfitrión sean influenciadas indebidamente por su gobierno, o que sin una sumisión al arbitraje podría no haber certeza de la renuncia a la soberanía del Estado» (Craig *et al.* 2000:661) [Subrayado nuestro]

Ahora bien, llevar a cabo un arbitraje internacional de inversión requiere de un soporte administrativo, a efectos que el mismo se desarrolle de manera ordenada. Así, en aras de garantizar ello, el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (Sicreci), dispuso los requisitos que debían cumplir los centros internacionales de solución de controversias.

⁹ Tras la Segunda Guerra Mundial, la protección de las inversiones se estableció en torno a cuatro pilares, representando cada uno de ellos mayor seguridad para los inversores extranjeros y sus bienes. Los tres primeros pilares son aquellos estándares de tratamiento conocidos como el trato justo y equitativo, la libertad de transferencia y la protección contra la expropiación ilícita. Además, el cuarto pilar permite a los inversores extranjeros que un tribunal arbitral internacional resuelva sus reclamaciones en contra del Estado receptor de la inversión cuando haya incumplido alguna obligación, conforme lo señalado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) (2010).

3. Centros internacionales de solución de controversias

El artículo 3° del Reglamento de la Ley del Sicreci¹⁰, establece que se entiende por mecanismos internacionales de solución de controversias a aquellos establecidos en virtud de Tratados de los que el Perú sea parte, cuyo cumplimiento compromete al Estado Peruano en el ámbito del derecho internacional público, que cuenten con por lo menos una de las siguientes características generales:

- Sean administrados por organizaciones autónomas internacionales;
- Contengan ciertos tipos de reglas de procedimientos;
- Los costos del proceso sean asumidos íntegramente por las Partes en disputa;
- Los laudos arbitrales que emitan sean de obligatorio cumplimiento para las Partes;
- La ley aplicable a la impugnación, reconocimiento y/o ejecución de los Laudos Arbitrales que emitan no sea la de ningún Estado;

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, el Estado peruano ha reconocido, sin carácter excluyente, a las siguientes organizaciones internacionales administradoras de mecanismos internacionales de solución de controversias a las cuales se ha acordado someter la controversia en materia de inversión:

- La Corte Permanente de Arbitraje de la Haya;
- El Comité Consultivo Legal Regional Asiático – Africano, con sedes en El Cairo y Kuala Lumpur;
- El Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional, con sede en Melbourne;
- El Centro Australiano de Disputas Comerciales, con sede en Sydney;
- El Centro Internacional de Arbitraje, con sede en Singapur;
- El Centro de Arbitraje Comercial GCC, con sede en Bahrain;

¹⁰ Reglamento de la Ley N° 28933, que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, aprobado por Decreto Supremo N° 125-2008-EF, con fecha 23 de octubre de 2008

- El Instituto Alemán de Arbitraje;
- El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial;
- La Asociación Americana de Arbitraje; y,
- La Cámara Internacional de Comercio, con sede en París.

Ahora bien, siendo que la mayoría de los arbitrajes que ha litigado el Estado Peruano han sido llevados en el Centro de Arbitrajes CIADI, a continuación, procedemos a realizar una breve reseña sobre el mismo.

3.1. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias inversionista-Estado (CIADI)

De acuerdo a Dañino, R. (2007), el CIADI es una institución internacional adscrita al Banco Mundial, con sede en Washington, siendo la principal institución en materia de arreglo de diferencias relativas a inversiones. Su creación surgió a partir del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio de Washington), con la intención de fomentar una atmosfera de seguridad entre inversores y países anfitriones. El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966 cuando fue ratificado por 20 países.

Si bien en sus inicios, bajo el argumento de la doctrina Calvo, una serie de Estados Latinoamericanos votaron en contra del borrador preliminar del Convenio de Washington, que fuera presentado en la Reunión Anual de la Junta de Gobernadores del Banco Mundial (Tokio 1964), con el pasar de los años el NO se revertiría, a tal punto que todos los Estados del “No Tokio”, fueron parte del Convenio de Washington, salvo Brasil e Irak que nunca se adhirieron, y República Dominicana que se adhirió, pero no lo ratificó, en concordancia con lo señalado por (Bas, Magdalena (2017 [2016])).

En tal sentido, podemos señalar que los Estados han acordado que el CIADI sea el foro destinado al arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados en la mayoría de los tratados internacionales de inversión, así como en numerosos contratos y legislación en materia de inversión. Como ejemplo, podemos señalar que solo durante el año 2020 el CIADI (2021) ha conocido 58 nuevos casos internacionales, y que a la fecha cuenta con 155 Estados signatarios. Este último dato es importante considerando que en el marco procedimiento regular solo se accede a las reglas de este centro si la controversia es entre el nacional de un Estado miembro contra otro Estado miembro.

El arbitraje y la conciliación al amparo del Convenio son totalmente voluntarios y para recurrir a ellos se requiere el consentimiento del inversionista y del Estado del cual se trate. Una vez prestado, dicho consentimiento no puede retirarse unilateralmente y se convierte en un compromiso vinculante.

Cabe señalar que además del procedimiento regular que tiene el CIADI, también se tiene un procedimiento alternativo que es conocido como el Mecanismo Complementario.

Si visitamos la página web del CIADI (2016), podemos encontrar el Reglamento del Mecanismo Complementario, el cual fue creado el 27 de septiembre de 1978, a fin de ofrecer servicios de arbitraje, conciliación y comprobación de hechos para ciertas diferencias que se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI, en los siguientes casos:

- Arbitraje o conciliación de diferencias relativas a inversiones entre un Estado y un nacional extranjero, uno de los cuales no es un Estado Miembro del CIADI o un nacional de un Estado miembro del CIADI;
- Arbitraje o conciliación de diferencias relativas a inversiones que no surjan directamente de una inversión entre un Estado y un nacional extranjero, y donde al menos uno de los cuales sea un Estado Miembro del CIADI o un nacional de un Estado miembro del CIADI; y
- Procedimientos de comprobación de hechos iniciados por cualquier Estado o nacional de cualquier Estado.

El Reglamento del Mecanismo Complementario incluye un Reglamento principal que regula el Mecanismo Complementario y tres Anexos: el Reglamento de Comprobación de Hechos (Anexo A), el Reglamento de Conciliación (Anexo B) y el Reglamento de Arbitraje (Anexo C).

Respecto al funcionamiento del CIADI, Dañino, R. (2007) indica que este es esencialmente un foro en el que se brinda el soporte administrativo y profesional a los tribunales de arbitraje en el desarrollo de sus funciones. Los árbitros y conciliadores independientes nombrados para cada caso examinan las pruebas y deciden el resultado de las diferencias que se les hayan sometido.

En relación al procedimiento que se llevará a cabo al interior del CIADI, una vez que una de las partes haya presentado una solicitud de arbitraje y realizado el pago del derecho de registro¹¹, el

¹¹Al momento de la presentación de la solicitud o con anterioridad a él, deberá pagarse un derecho no reembolsable (derecho de registro) de US\$ 25,000.

CIADI notificará su solicitud a la otra parte para conocimiento.

El secretario general del CIADI debe determinar si la diferencia se encuentra o no manifiestamente fuera de la jurisdicción del centro lo antes posible. Esta determinación se realiza a partir de la información contenida en la solicitud. Es decir, se evalúa que ambas partes sean un Estado miembro o provengan de uno, y que se esté invocando alguna cláusula que remita al CIADI. De ser favorable la evaluación se registra la demanda.

Posteriormente, las partes deberían de acordar el número de árbitros que han de componer el Tribunal Arbitral y el método de nombramiento. Con ello, se iniciaría una primera sesión del Tribunal en busca de determinar los acuerdos o las distintas posiciones de las partes respecto de cuestiones procesales. Cabe resaltar que una vez que se conforma el Tribunal Arbitral es factible afirmar que el procedimiento ha iniciado. Por ejemplo, según la información del CIADI, la demanda contra el Perú por parte de Odebrecht ya fue registrada, sin embargo, aún no se ha iniciado el arbitraje, en tanto no se conforma el Tribunal Arbitral para este caso.

Respecto al laudo, conforme señala el Artículo 53¹² del Convenio del CIADI, este es obligatorio para todas las partes en el procedimiento, y debe ser cumplirlo de conformidad con sus términos. Asimismo, en relación a su ejecución, la misma se puede realizar dentro de la jurisdicción de cualquier Estado signatario como si se tratara de una sentencia dictada por la corte de ese país, por lo que no necesita el reconocimiento respectivo (exequatur) conforme señala el Artículo 54¹³

¹² **Artículo 53 del Convenio del CIADI**

(1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.

(2) A los fines previstos en esta Sección, el término “laudo” incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52.

¹³ **Artículo 54 del Convenio del CIADI**

(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.

(2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por lo Estados Contratantes al Secretario General.

(3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los

del Convenio.

Cabe señalar que en el marco del CIADI no se contempla la interposición del recurso de apelación ni de cualquier otro recurso impugnativo; sin embargo, de acuerdo a la Sección 5 del Capítulo IV (El Arbitraje) del Convenio del CIADI, el Tribunal que resuelve el caso puede emitir varios tipos de decisiones, además del Laudo final, dependiendo de cómo se va desarrollando el caso; así por ejemplo, si alguna de las partes interpone el remedio de anulación, remedio que se sustenta en la afectación al debido procedimiento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 52¹⁴ de las Reglas de Arbitraje del CIADI, se nombrará un Comité ad hoc integrado por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros, el cual emitirá un nuevo pronunciamiento.

Asimismo, la citada Sección 5 prevé como remedios posibles al pronunciamiento, además del de anulación, el remedio de aclaración¹⁵, si hubiera duda respecto al sentido del laudo; el de revisión¹⁶, si se hubiese descubierto posteriormente al laudo algún hecho decisivo que pudiese

territorios en que dicha ejecución se pretenda.

¹⁴ Artículo 52 del Convenio del CIADI

(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:

- (a) Que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- (b) Que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- (c) Que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
- (d) Que hubiere quebrantamiento grave de una norma o procedimiento; o,
- (e) Que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

[...]

(3) Al recibo de la petición, el Presidente procederá a la inmediata constitución de una Comisión ad hoc integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte de la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la Lista de Árbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia. Esta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causales enumeradas en el apartado (1).

¹⁵ Artículo 50 del Convenio del CIADI

(1) Si surgiere una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de ellas podrá solicitar su aclaración mediante escrito dirigido al Secretario General.

(2) De ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo. Si no lo fuere, se constituirá un nuevo Tribunal de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo. Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la aclaración.

¹⁶ Artículo 51 del Convenio del CIADI

(1) Cualquiera de las partes podrá pedir, mediante escrito dirigido al Secretario General, la revisión del laudo, fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo

afectar el pronunciamiento, y el de integración¹⁷, si una de las partes considera que el Tribunal ha omitido resolver un punto en el Laudo.

Al margen de los remedios, en el arbitraje también se podrán aplicar medidas provisionales. Así, de acuerdo a la Regla 39¹⁸ de las Reglas de Arbitraje del CIADI, en cualquier etapa del arbitraje una vez iniciado el procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardaran, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas.

Finalmente, cabe señalar que de acuerdo a la regla 25¹⁹ del capítulo III de las Reglas de Arbitraje del CIADI, las partes de la disputa podrán solicitar rectificar errores materiales, aritméticos o similares; considerándose la decisión parte integrante del laudo.

de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia.

¹⁷ Artículo 49 del Convenio del CIADI

[...]

(1) A requerimiento de una de las partes, instado dentro de los 45 días después de la fecha del laudo, el Tribunal podrá, previa notificación a la otra parte, decidir cualquier punto que haya omitido resolver en dicho laudo y rectificar los errores materiales, aritméticos o similares del mismo. La decisión constituirá parte del laudo y se notificará en igual forma que éste (...).

¹⁸ Artículo 39 de las Reglas de Arbitraje CIADI

(1) En cualquier etapa una vez incoado el procedimiento, cualesquiera de las partes pueden solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas.

(2) El Tribunal dará prioridad a la consideración de las peticiones de las partes hechas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (1).

(3) El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento.

[...]

¹⁹ Artículo 25 de las Reglas de Arbitraje CIADI

Cualquier error accidental en un documento o documento justificativo podrá ser corregido, si la otra parte consiente en ello o el Tribunal no lo objeta en cualquier momento antes que se dicte el laudo.

Capítulo IV. Sicreci

1. Orígenes del Sicreci

En la década de los ochenta (Morales et al. 2009), América Latina se caracterizó por el proteccionismo excesivo en el comercio de bienes, y flujo de capitales, la pronunciada intervención estatal y la constante amenaza de nacionalización sin derecho a indemnización alguna. Evidentemente este contexto generó una reducción en los flujos de inversión extranjera, los cuales terminaban apuntando a economías desarrolladas en las que no tuvieran que afrontar situaciones como las descritas.

Frente a este escenario, los países latinoamericanos trabajaron desde distintos frentes con el único fin de facilitar la entrada de capitales extranjeros. Para ellos se introdujeron reformas fiscales y de liberalización económica, se reforzaron los servicios públicos, se buscó eliminar la excesiva reglamentación y la inestabilidad política, e introducir mecanismos para la resolución de controversias vinculados a inversión extranjera (arbitraje); en otras palabras, se procuró crear un ambiente atractivo para inversiones.

En relación al marco jurídico nacional peruano, podemos señalar que, de la Constitución de 1979, donde el Estado era el principal empresario, migramos a la Constitución Política de 1993. Si bien en ambas normas, el régimen económico es la denominada 'economía social de mercado', existe una posición antagónica sobre el tratamiento que se le debe dar al empresariado. Así, la Constitución vigente tiene como uno de sus pilares la promoción de la inversión privada, tanto nacional como extranjera, brindándole un marco normativo que otorga un trato igualitario sin importar su procedencia, y oportunidades en todas las actividades productivas y de servicios, en un contexto de libre mercado, según el Ministerio de Energía y Minas (2016), dejando de lado la participación del Estado como empresario.

Como resultado de los cambios formulados, de acuerdo a la medición efectuada por el Banco Interamericano de Desarrollo, utilizando el indicador Inversión Extranjera Directa entre Producto Bruto Interno (IED/PBI), García y López (2020) afirman que en la década de los 80 a 90 como región, saltamos de una ratio de 0.6% a 1.3%, y en el año 2000, nuestra ratio alcanzó el 2.3%.

Ahora bien, el desarrollo y mayor recepción de inversión extranjera en el Perú trajo consigo además de beneficios económicos para el país, una serie de compromisos a cumplir en favor de los inversionistas. Así, mediante la Resolución Legislativa N° 26210, de fecha 02 de junio de 1993, el Perú manifestó su consentimiento para llegar a ser parte del 'Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversionistas entre Estados y Nacionales de otros Estados'. Como consecuencia de lo expuesto, a partir del 8 de septiembre de 1993 entró en vigencia el convenio

CIADI, el cual básicamente significa para nosotros que, ante un reclamo presentado por un inversionista, cuyo país tenga un acuerdo con el Perú, o si así lo dispone su contrato, su disputa será resuelta por un tribunal arbitral internacional.

En dicho contexto, el Estado peruano procedió a crear varias comisiones *ad-hoc* que atendiesen las controversias presentadas por los inversionistas; empero, no existía un mandato legal que delimitase competencias claras en alguna institución para la atención de las mismas. Es decir, no existía el marco institucional adecuado por parte del Estado que permitiese gestionar las controversias de inversión de forma transparente, eficiente, ordenada y predecible. Incluso, los ministerios sectoriales que se encontraban directamente relacionados con cada uno de los temas materia de controversia, indicaban que se debía de recurrir a otros Ministerios, tales como Justicia o Economía, los cuales, a su vez, señalaban que no tenían competencia para tratar las controversias en representación del Estado peruano, en correspondencia con Illescas (2015).

Tal era la necesidad de regular un único marco legal de atención de resolución de controversias de inversión, que conforme a lo señalado por el profesor Illescas, en la negociación del Tratado de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos, ya estaba condicionada a la creación de un marco normativo para la atención de más de una decena de controversias entre inversionistas de dicho país en territorio peruano, las cuales se encontraban referidas, entre otros, a comercio de oro, importación de radares aeroportuarios, extracción de pozos de petróleo, etc.

El problema que se había generado, no era de poca importancia, dado que el TLC que se pensaba negociar con Estados Unidos, incluía un capítulo de inversión que a su vez debería de contener dos secciones. La primera relacionada a los temas de acceso a inversiones, tales como la definición de qué será considerado una inversión, así como de quienes serían considerados como inversionistas de cada una de las partes; y la segunda sección tenía que desarrollar la implantación o negociación de un mecanismo para resolver las controversias que surgieran entre el inversionista de una de las Partes y el Estado receptor de la inversión, producto de potenciales violaciones de las cláusulas relativas a todos los temas tratados en la primera sección del Capítulo de Inversión. Asimismo, debía de incluir cada una de las etapas de manejo de la controversia.

Debido a que estas obligaciones podrían potencialmente generar altos costos de gestión de los procesos, tales como el pago de árbitros, la contratación de abogados internacionales, la contratación de expertos, entre otros, sumado a la incertidumbre de que pudiesen surgir más casos de controversias en materia de inversión, una vez que el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos fue suscrito (01 de abril de 2006), se acentuó la preocupación de contar con un mecanismo institucional adecuado para atender las controversias de inversión, en aras de reemplazar las

soluciones ad-hoc que había estado empleando el Estado Peruano hasta dicha fecha²⁰.

Llegados a este punto, es pertinente precisar que en concordancia con lo señalado por la Cámara de Comercio de Lima (2019), hacemos hincapié en el Tratado con Estados Unidos en razón que este fue un referente en la negociación de los demás TLCs celebrados por el Estado Peruano, considerando que fue el primero en ser suscrito, y que la contraparte se trataba de uno de los países más desarrollados del mundo, además de su contribución al mayor flujo de inversión extranjera a favor del Perú.

Ante el escenario expuesto, comenta el profesor Illescas, se decidió realizar un análisis del derecho interno peruano directamente relacionado al tema de controversias inversionista-Estado, identificando la necesidad de emitir legislación nueva o que haya sido creada producto de normas ya en vigor, y principalmente, poder definir el área o institución que debería de asumir la tarea de centralizar el manejo de los procesos y los procedimientos de gestión interna de cada uno de estos.

La Dirección de Asuntos de Economía Internacional, Competencia e Inversión Privada del Ministerio de Economía y Finanzas, liderada justamente por el profesor Illescas, fue la encargada de crear la institucionalidad necesaria para poder afrontar las controversias inversionista-Estado, cuyo proceso tomó casi un año para ser concluido, optándose por generar una Ley, basándose en la idea que el control de contenidos y sobre todo de aprendizaje de los abogados y economistas debía quedar en la Dirección del MEF, tanto por un tema de creación de acervo como por la *expertis* de los técnicos involucrados en el tema²¹.

Según lo relatado por Illescas (2015), se tuvieron algunas dificultades con la Dirección General de Presupuesto Público del MEF, dado que a los técnicos de dicha Dirección no les agradaba la idea de que una ley generada por el propio MEF incluyera obligaciones en que se señalase que el Ministerio asumiría las transferencias de recursos a los sectores involucrados en una controversia inversionista -Estado. Incluso, posteriormente a la Promulgación del Proyecto de Ley, hubo ocasiones en que era problemático convencer a un Viceministro de Hacienda o al propio Ministro del MEF, de hacer las transferencias de fondos a otro Ministerio para poder pagar a los abogados del Estado bajo el riesgo de que, de no realizar dicha transferencia, el Ministerio podría caer en indefensión por impago. Lo expuesto en razón, en que a dicha Dirección General le resultaba un

²⁰ Nótese que el TLC fue suscrito el 01 de abril de 2006 y la Ley del Sicreci fue promulgada el 15 de diciembre de 2006.

²¹ Información obtenida mediante la entrevista realizada al Profesor Javier Illescas para el presente trabajo.

poco difícil de entender que, en una demanda planteada por un inversionista extranjero, el demandado era el Estado y no un sector específico, más allá de que el problema hubiera surgido producto de un acto administrativo emitido por algún sector.

El Proyecto de Ley tuvo que pasar por dos Consejos de Viceministros para poder recién ser examinado por el Consejo de Ministros. Asimismo, el Viceministro de Justicia de aquel entonces, condicionó su aprobación, a que la Comisión Especial intersectorial que se creara, estuviera presidida por el Ministerio de Justicia y no por el Ministerio de Economía y Finanzas, como fue inicialmente propuesto. En respuesta, el MEF propuso presidir la Comisión Especial considerando que es el Ministerio competente para ver de manera transversal todos los temas relacionados a la inversión privada y que sería este quien realizaría las transferencias para cubrir los costos del proceso arbitral.

Finalmente, luego del cambio del referido Viceministro de Justicia por razones distintas al tema bajo análisis, la nueva administración aceptó que la Comisión Especial esté presidida por el MEF²². Posteriormente, luego de varias semanas de sustento ante el Congreso de la República, la Ley que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (Ley N° 28933) fue promulgada el 15 de diciembre del 2006.

2. Objetivos de la Ley N° 28933, Ley del Sicreci:

Como ya se ha señalado, mediante la Ley N° 28933, se creó el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión – Sicreci, la cual estableció como objetivos específicos para el sistema los señalados en el artículo 2 de la citada ley, siendo estos los siguientes:

2.1.Optimizar la respuesta y coordinación al interior del sector público frente a las Controversias Internacionales de Inversión, permitiendo una oportuna y apropiada atención.

La Ley del Sicreci dispone en su artículo 2 literal a)²³ que la Comisión Especial este integrada

²² Información obtenida mediante la entrevista realizada al Profesor Javier Illescas para el presente trabajo.

²³ **Artículo 2.- Objeto de la Ley**

La presente Ley crea el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión con los siguientes fines:

a) Optimizar la respuesta y coordinación al interior del sector público frente a las Controversias Internacionales de Inversión, permitiendo una oportuna y apropiada atención. [...]

por diversos sectores involucrados en la controversia (MEF, MINJUS, Relaciones Exteriores, ProInversión, etc.), a fin que se pueda realizar una coordinación interinstitucional eficiente y una evaluación integral del caso, que permita brindar una respuesta que salvaguarde integralmente los intereses del Estado en su debida oportunidad.

Respecto a la respuesta que brinde el Estado, consideramos que para que la misma pueda ser calificada de óptima, debe considerarse 3 escenarios distintos:

- i) En la etapa de etapa de trato directo brindar una respuesta eficiente pasa por no permitir el escalonamiento del conflicto, y hacer los mayores esfuerzos por solucionar la controversia planteada por el inversionista, sin que esta tenga que ventilarse en un arbitraje de inversión
- ii) En la etapa del arbitraje de inversión una respuesta eficiente conllevará poder atender la controversia en la oportunidad requerida y de forma documentada; contratar a los expertos que se necesiten para sustentar y litigar la posición de Estado, y hacer el seguimiento respectivo del caso.
- iii) En la etapa posterior al arbitraje de inversión optimizar la respuesta de la controversia deberá significar realizar la extracción del conocimiento o práctica aprendida del caso, a efectos que sea difundido en todas las entidades públicas, especialmente en aquellas que negocian TLC o BIT, o que de acuerdo a la experiencia tienen mayor susceptibilidad de ser demandadas, en aras de prevenir situaciones similares. En esta etapa podría incluirse la evaluación de la responsabilidad de la entidad originaria del conflicto.

2.2. Centralizar la información de los acuerdos y tratados en materia de inversión suscritos por el Estado Peruano que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias.

Considerando que los Acuerdos y Tratados en materia de inversión contienen compromisos de nivel de tratamiento a los inversionistas extranjeros, así como a sus inversiones, y establecen procedimientos sobre controversias entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión, resulta más que necesario que la Ley del Sicreci haya señalado en su artículo 2 literal b)²⁴, como parte de las funciones del sistema, centralizar y conocer todas estas obligaciones

²⁴Artículo 2.- Objeto de la Ley

[...]

b) Centralizar la información de los acuerdos y tratados en materia de inversión suscritos por el Estado peruano que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias. [...]

asumidas, a fin de lograr una reacción eficiente y oportuna por parte de las entidades y la Comisión Especial, a efectos en principio, que se reconozca prontamente las reglas específicas de solución de controversias reguladas en el acuerdo o tratado suscrito con su país del inversionista.

Para materializar dicha función, el artículo 4²⁵ del Reglamento de la Ley del Sicreci señala que el Ministerio de Economía y Finanzas constituirá una base de datos y una aplicación informática que permita a las entidades públicas registrar oportunamente los acuerdos y tratados suscritos por el Estado peruano referidos en el artículo 3 de la Ley, así como alertar frente al surgimiento de controversias derivadas de los mismos.

Actualmente, se verifica que la web del MEF solo se publica los laudos de los casos; sin embargo, si quisiéramos conocer el listado de TLCs o BITs, podemos acceder a la página web de MINCETUR²⁶ o PROINVERSIÓN²⁷ respectivamente; o caso contrario, visitar la página de la Organización de las Naciones Unidas, ONU²⁸.

2.3. Establecer un mecanismo de alerta al surgimiento de cualquier Controversia Internacional de Inversión.

Las entidades públicas tienen la obligación de informar, en un plazo máximo de cinco días hábiles, al Coordinador del Sicreci, acerca de la intención de un inversionista de someter una controversia de inversión a un mecanismo internacional de solución de controversias o a organizaciones autónomas internacionales administradoras de los mismos, independientemente de la forma como estas tomen conocimiento, a efectos que el Coordinador comunique a la

²⁵Artículo 4 del Reglamento de la Ley del Sicreci:

El Ministerio de Economía y Finanzas, en su calidad de Coordinador del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión desarrollará los procedimientos generales señalados en el artículo 5 de la Ley, los mismos que deberán sustentarse básicamente en procesos automáticos que logren la mayor conectividad e inclusión posible de todos los niveles de gobierno y que le permitan cumplir con las funciones asignadas en el artículo 6 de la Ley.

Para tal efecto, el Ministerio de Economía y Finanzas constituirá una base de datos y una aplicación informática que permita a las entidades públicas registrar oportunamente los acuerdos y tratados suscritos por el Estado Peruano referidos en el artículo 3 de la Ley, así como alertar frente al surgimiento de controversias derivadas de los mismos.

²⁶Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, a través del siguiente enlace: <http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/>

²⁷ProInversión, a través del siguiente enlace: <https://portal.proinversion.gob.pe/es/clima/un-pais-que-se-integra-al-mundo/integracion-comercial>

²⁸Organización de las Naciones Unidas, *Investment Policy Hub*, a través del siguiente enlace: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/165/peru>

Comisión Especial, con el fin de prevenir la controversia con el inversionista, y no esperar que sea éste quien comunique la situación²⁹.

Como correlato de lo expuesto, el artículo 2 literal c)³⁰ de la Ley del Sicreci dispone como una función de la Comisión Especial el establecimiento de un mecanismo de alerta sobre el surgimiento de cualquier controversia internacional de inversión. Sobre la materialización de esta función, es factible afirmar que a la fecha no se ha creado el aplicativo informático que dispone el artículo 4 del Reglamento de la Ley del Sicreci, por lo que las entidades comunican al Coordinador de la Comisión Especial el surgimiento de las controversias que se le presenten siguiendo el trámite formal, es decir con la presentación de un oficio suscrito por la máxima autoridad de su sector.

Lo expuesto resulta sumamente burocrático, en tanto que sabemos que para que un documento sea suscrito por la máxima autoridad de un sector deberá ser revisado previamente por el órgano técnico, el órgano legal, la secretaría general, el gabinete de asesores y el que suscribirá, además del tiempo que tomará en ser notificada al Ministerio de Economía y Finanzas, y el que este se tomará en derivar el asunto al coordinador de la Comisión Especial.

El establecimiento de un mecanismo de alerta como función del Sicreci tiene una finalidad preventiva, siendo que la prontitud en la atención de la controversia resulta indispensable para garantizar que esta no escale; no coadyuvando a este fin el exceso de trámites para que el Coordinador de la Comisión Especial tome meramente conocimiento.

2.4. Centralizar la información respecto a las Controversias Internacionales de Inversión que se susciten.

Conforme señala el artículo 2 literal d)³¹ de la Ley del Sicreci, La Comisión Especial tiene la importante labor, tanto en la etapa de trato directo como en la etapa de arbitraje, de centralizar

²⁹ El Ministerio de Economía y Finanzas presenta un acceso para inversionistas que desean informar controversias, a través del siguiente enlace: <https://apps4.mineco.gob.pe/sicreciweb/atencionInversionista.jsp?tipoMenu=3>

³⁰ **Artículo 2.- Objeto de la Ley**

[...]

c) Establecer un mecanismo de alerta frente al surgimiento de cualquier Controversia Internacional de Inversión. [...]

³¹ **Artículo 2.- Objeto de la Ley**

[...]

d) Centralizar la información respecto a las Controversias Internacionales de Inversión que se susciten. [...]

la información vinculada a las controversias internacionales de inversión, a fin que exista un único canal de comunicación por parte del Estado Peruano hacia el inversionista, que gestione la disposición de la documentación en la controversia, que asuma la contratación de los abogados que defenderán el caso, y que realice el seguimiento respectivo, a efectos de autorizar el pago de servicios.

2.5. Definir el procedimiento de coordinación entre las Entidades Públicas involucradas en una controversia.

De acuerdo al diagnóstico plasmado en el Informe Final de la Consultoría realizada por el Bullard (2004b)³², es decir antes de la creación del Sicreci, el Estado Peruano carecía de capacidad para brindar una respuesta ordenada, coordinada y oportuna que atienda las controversias presentadas por los inversionistas, por lo que resultaba necesario institucionalizar un sistema que permita un manejo coordinado entre las diversas instituciones públicas involucradas, en aras de uniformizar y centralizar la respuesta del Estado en la atención de las demandas en el ámbito inversionista-Estado.

Ante dicha necesidad, el artículo 2 literal e)³³ de la Ley del Sicreci (2006), estableció que la Comisión Especial tiene la labor de definir el procedimiento de coordinación de las Entidades Públicas involucradas en una controversia, en aras de optimizar la respuesta que se brinde al inversionista frente a la controversia que presente.

La existencia de un procedimiento de coordinación preestablecido permite de un lado, que frente a una controversia de inversión exista una comunicación fluida entre todas las partes del gobierno involucradas en la misma, de tal manera que como Estado se tenga una sola posición respecto de un caso, y del otro, que tanto el inversionista como el resto de entidades públicas

³² Documento obtenido mediante el Oficio N° 0344-2021-EF/45.02, de fecha 15 de febrero de 2021, remitido por la directora general de la Oficina General de Servicios al Usuario del Ministerio de Economía y Finanzas, a través del cual adjunta el Memorando N° 006-2021-EF/32 que remite la respuesta brindada por la Presidenta de la Comisión Especial, creada mediante Ley N° 28933, Ley que Establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, de la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad.

creada mediante Ley N° 28933, Ley que Establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, de la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad.

³³ **Artículo 2.- Objeto de la Ley**

[...]

e) Definir el procedimiento de coordinación entre las Entidades Públicas involucradas en una controversia [...]

conozcan cual es el procedimiento de coordinación a seguir en una controversia, y ante quien deben apersonarse si buscan participación.

2.6. Internalizar los costos generados por las Entidades Públicas involucradas en una controversia.

Un punto a tomar en cuenta en los arbitrajes internacionales es el tema de los costos en los que tienen que incurrir sus partes. En tal sentido, el artículo 2 literal f)³⁴ de la Ley del Sicreci señala como una función del sistema la internalización de los costos generados por las entidades públicas involucradas en una controversia.

Respecto al órgano del Estado que asumirá los costos de inicio del arbitraje y de su desarrollo, el artículo 14³⁵ de la Ley del Sicreci dispone que los gastos derivados de la defensa del Estado en las Controversias Internacionales de Inversión se realizan con cargo al presupuesto institucional del Ministerio de Economía y Finanzas.

Así, podemos señalar que en los últimos 3 años (2019, 2020 y 2021) se ha asignado un presupuesto promedio a la Secretaría Técnica de la Comisión Especial, de 53 millones de soles³⁶. Como correlato de lo expuesto, la Secretaría Técnica de la referida Comisión, supervisa el

³⁴ **Artículo 2.- Objeto de la Ley**

[...]

f) Internalizar los costos generados por las Entidades Públicas involucradas en una controversia.[...]

³⁵ **Artículo 14 de la Ley del Sicreci**

14.1 Los gastos derivados de la defensa del Estado en las Controversias Internacionales de Inversión se realizarán con cargo al presupuesto institucional del Ministerio de Economía y Finanzas. El crédito presupuestario aprobado para tal fin en la Ley Anual del Presupuesto no puede ser objeto de modificaciones presupuestarias en el nivel funcional programático, teniendo el carácter de intangible.

14.2 Las entidades que se financien íntegramente con fuentes de financiamiento distintas a recursos ordinarios, recursos por operaciones oficiales de crédito y donaciones, reembolsarán los gastos a que se hace referencia el párrafo precedente, realizando para tal efecto el depósito en las cuentas de la Dirección Nacional del Tesoro Público.

Mediante decreto supremo se dictarán las normas correspondientes al reembolso dispuesto en el párrafo anterior.

14.3 Los pagos necesarios para el cumplimiento de los laudos arbitrales, actas de conciliación o acuerdos en trato directo, que resulten de la conclusión de una controversia internacional de inversión serán realizados por la Entidad Pública involucrada en la controversia conforme al artículo 70 de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley N° 28411.

³⁶ Información obtenida mediante el Oficio N° 0698-2021-EF/45.02, de fecha 12 de abril de 2021, remitido por la directora general de la Oficina General de Servicios al Usuario del Ministerio de Economía y Finanzas, a través del cual adjunta el Memorando N° 023-2021-EF/32 que remite la respuesta brindada por la Presidenta de la Comisión, creada mediante Ley N° 28933, Ley que Establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, de la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad.

cumplimiento de los términos de referencia en el Contrato celebrado con la Firma internacional de Abogados, en aras de salvaguardar el uso eficiente de los recursos públicos.

Ahora bien, la internalización de costos por las entidades involucradas en la controversia debería implicar que las entidades en donde se origina el conflicto, se vean afectadas en su presupuesto sobre todos los montos que deba desembolsar el Estado Peruano, para lo cual evidentemente tendría que existir una etapa de evaluación posterior al arbitraje internacional, etapa que aun lamentablemente no ha sido desarrollada por la Comisión Especial.

2.7. Estandarizar en la medida de lo posible, las cláusulas de solución de controversias a incluirse en los acuerdos y tratados en materia de inversión bajo el ámbito de la referida Ley.

Si bien, de acuerdo al artículo 2 literal g)³⁷ de la Ley del Sicreci, se ha señalado como una de las funciones del Sicreci la estandarización de las cláusulas de solución de controversias, se debe resaltar que esta función, en la práctica es de carácter más orientador que decisorio, en el sentido de que, por ejemplo durante las negociaciones de los Tratados de Libre Comercio en los cuales se incluyan los Capítulos de Inversión, es el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo la entidad competente de negociar el contenido de los mismos, y solo consulta a la Comisión Especial cuando exista alguna disposición que en el marco de las negociaciones, se requiera modificar a solicitud del otro Estado parte en la negociación.

De lo expuesto se denota una orientación pasiva respecto a esta función del Sicreci. Ahora bien, proponemos que para el desarrollo de esta función, se implemente una etapa posterior al arbitraje, que permita extraer los conocimientos que se hayan generado a partir del caso, y que se organice compartir los mismos con las instituciones que negocian TLC o BIT (en lugar de solo esperar la consulta), a efectos que de la sinergia que se produzca, se logre como producto cláusulas estandarizadas para el país, que disminuyan el riesgo de generación de controversias de inversión, al tener las mismas una posición y sustento claro.

En relación a los objetivos del Sicreci, consideramos que, si bien la Ley plantea aspectos importantes como la alerta temprana de la controversia, la atención oportuna de la misma, y la

³⁷ Artículo 2.- Objeto de la Ley

[...]

g) Estandarizar en la medida de lo posible, las cláusulas de solución de controversias a incluirse en los acuerdos y tratados en materia de inversión bajo el ámbito de la presente Ley. [...]

asunción de los costos generados, se requiere desarrollar e internalizar que implicancia tienen dichos objetivos, y como las acciones de la Comisión Especial coadyuvarán a alcanzarlos. Así, por ejemplo, optimizar la respuesta frente a las controversias de inversión, implica a nuestro criterio poder extraer de cada caso (ganado o perdido) el conocimiento, la praxis e informar al resto de instituciones públicas en aras de realizar una labor preventiva; y empero, para el Estado actualmente, una vez culminado el caso, simplemente se procede al archivamiento del expediente, perdiéndose así la oportunidad de realizar una retroalimentación.

3. Ámbito de aplicación del Sicreci

A fin de explicar cuál es el ámbito de aplicación del Sicreci, es necesario previamente determinar que es el arbitraje de inversión y en qué se diferencia con el arbitraje comercial.

Sobre el arbitraje de inversión podemos señalar que en el marco de la promoción de inversiones extranjeras se prevé a través de las secciones de solución de controversias de los acuerdos (BIT o TLC) o contratos, que cuando un inversionista extranjero tenga una disputa con el Estado donde ha realizado su inversión, ostente la posibilidad de demandarlo, sin tener que recurrir a las cortes judiciales de dicho país, utilizando para ello la vía del arbitraje internacional. Dicho mecanismo es una garantía para el inversionista extranjero de que, en caso surja una controversia, pueda tener acceso a una jurisdicción independiente que resolverá la controversia.

Respecto a sus características, podemos señalar en concordancia con Ampuero (2014), que el arbitraje de inversión es (i) de carácter independiente, (ii) no está sujeto a la jurisdicción de un Estado, (iii) no está influenciado políticamente, (iv) se discute la responsabilidad del Estado respecto a las acciones u omisiones cometidas a través de las medidas que toman, (v) es de carácter privado. (vi) su imparcialidad es una garantía que se apoya en la participación de expertos internacionales cuyas calificaciones son examinadas por las partes en controversia (Estado e inversionista) a efectos de su designación como árbitros.

Por otro lado, el arbitraje comercial internacional es un proceso consensuado entre dos partes privadas para resolver controversias en materia comercial, siendo el medio más utilizado en la actualidad por su amplio alcance, flexibilidad y celeridad en la resolución de disputas, de acuerdo a lo señalado por la Organización de los Estados Americanos (OEA) (2012).

A medida que las interconexiones entre mercados se han venido cada vez más intensificando, también se han incrementado las controversias en las que están involucradas empresas de distintos países. Así, cuando las empresas agotan las posibilidades de negociación para dar solución a una disputa comercial con un cliente o proveedor extranjero, pueden recurrir al arbitraje comercial internacional, como vía extrajudicial para la resolución de controversias, si

así previamente lo han acordado.

De lo expuesto podemos afirmar que el arbitraje de inversiones se diferencia del arbitraje comercial, en la medida que el primero tiene como sujetos a un inversionista internacional y a un Estado receptor de la inversión, y que el proceso surge producto de alguna medida implementada por el Estado que se considere violatoria de lo establecido en un contrato o Acuerdo Internacional de Inversión; a diferencia del arbitraje comercial, que tiene como sujetos a partes privadas, y que es consecuencia de alguna mala práctica comercial internacional.

Una vez dicho ello, es pertinente precisar que de acuerdo a lo señalado en el artículo 3 de la Ley del Sicreci, el ámbito de aplicación de dicho sistema está circunscrito a los arbitrajes de inversión, básicamente que provengan de dos fuentes:

- a) Todos aquellos acuerdos celebrados entre entidades públicas e inversionistas que confieran derechos o garantías a estos últimos respecto de su inversión, siempre que tales acuerdos contengan cláusulas que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias, tales como contratos de privatización, contratos de concesión, convenios de estabilidad jurídica, licencias de explotación de hidrocarburos, etc.
- b) Tratados que contengan disposiciones en materia de inversión, celebrados por el Estado peruano con otros Estados, en los que se establezca procedimientos de solución de controversias, siempre que cumplan con el artículo 3 del Reglamento de la Ley Sicreci.

4. Estructura del Sicreci

La Ley N° 28933, define en su artículo 4 como integrantes del Sicreci a las siguientes entidades y órganos:

- Ministerio de Economía y Finanzas, quien cumple las funciones de Coordinador del Sicreci.
- Comisión Especial.
- Entidades públicas que suscriban Tratados, Convenios y Contratos que establezcan mecanismos internacionales de solución de controversias entre los inversionistas de un Estado y el Estado receptor de la inversión.

En relación a los integrantes, el Coordinador³⁸ del Sicreci es un representante del Ministerio de

³⁸ Conforme señala el artículo 7 del Reglamento de la Ley del Sicreci, son funciones del coordinador del Sicreci:

- a) Proponer a los Miembros Permanentes de la Comisión Especial la determinación de la competencia de esta última de acuerdo a lo establecido por la Ley y el presente Reglamento, ante la notificación del inicio de un mecanismo

Economía y Finanzas (MEF), quién tiene a su cargo, entre otros temas, la centralización de la información y la coordinación del sistema, siendo el designado para recibir la notificación o alerta del surgimiento de cualquier controversia en materia de inversión y establecer y conducir un registro de carácter informativo y publico de los acuerdos y tratados a los que haya hecho referencia el párrafo anterior.

Por otro lado, la Comisión Especial es un órgano colegiado interinstitucional, y tiene entre sus miembros a comisionados permanentes, tales como el Ministerio de Economía y Finanzas, quién la preside, al Ministerio de Justicia, al Ministerio de Relaciones Exteriores y a ProInversión; y a miembros no permanentes como el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo y un representante de la entidad pública involucrada.

A la Comisión Especial le compete, conforme al artículo 8 de la Ley del Sicreci, las siguientes funciones: i) evaluar las posibilidades de negociación en la fase de trato directo y adoptar una estrategia para lograrla, ii) solicitar informes técnicos a las entidades involucradas, iii) participar en las negociaciones con la contraparte durante la etapa de trato directo en caso de que el mecanismo de solución de controversia así lo prevea, iv) proponer la contratación de abogados y demás profesionales que sean necesarios para la participación de la etapa de trato directo y en la fase arbitral o de conciliación, v) efectuar la designación de los árbitros, vi) coadyuvar a la labor de los abogados contratados para el patrocinio del Estado, vii) aprobar la disposición de los recursos necesarios para su participación en la negociación en la etapa de trato directo, así como para la fase arbitral o de conciliación, y viii) determinar la responsabilidad de la entidad pública involucrada en la controversia. Asimismo, es pertinente recalcar que de acuerdo al artículo 12³⁹ del Reglamento de la Ley del Sicreci, es función de la Comisión Especial, adicionalmente a las antes expuestas, la presentación de proyectos de normas legales, a fin de facilitar su labor y mejorar la capacidad de respuesta del Estado.

internacional de solución de controversias, o de una organización autónoma internacional administradora de los mismos, o la alerta del surgimiento de un conflicto.

- b) Notificar a la entidad pública involucrada en una controversia de la decisión que adopten los Miembros Permanentes de la Comisión Especial respecto de su competencia para la controversia.

³⁹ Artículo 12 del Reglamento de la Ley del Sicreci

Son funciones de las Comisiones Especiales, además de las señaladas en el artículo 8 de la Ley, las siguientes:

- a. Presentar proyectos de normas legales, a través de los mecanismos correspondientes, a fin de facilitar su labor y mejorar la capacidad de respuesta del Estado; y
- b. Otras que acuerde la Comisión Especial en el marco de sus responsabilidades.

En la actualidad, a través de la referida Comisión se maneja de manera ordenada y efectiva todas las controversias inversionista-Estado, frente a los inversionistas de todos los países con los que el Perú haya celebrado un acuerdo o tratado internacional y que remiten las controversias a Tribunales Internacionales en materia de Inversión.

Cabe señalar que la Comisión Especial cuenta con una Secretaría Técnica y una Presidencia, ambas a cargo de funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas.

La Secretaría Técnica de la Comisión Especial tiene como función realizar la evaluación inicial de la controversia y elaborar un informe preliminar para ser sometido a los demás miembros, elaborar informes relativos a los cursos de acción, estrategias a seguir y otros que sean necesario; y, redactar las actas correspondientes a las sesiones de la Comisión Especial.

Por su parte, la Presidencia de la Comisión Especial tiene como función, de acuerdo a lo establecido en el artículo 9⁴⁰ de la Ley del Sicreci, convocar a reunión a los miembros de la Comisión Especial, proponer a la Comisión Especial opciones para la negociación en trato directo, así como para la defensa, dirimir las decisiones de la Comisión Especial en los casos de empate, y otras que asigne el Reglamento de la Ley.

Finalmente, corresponde señalar que la organización de la Comisión Especial responde a una lógica de eficiencia integrativa, en tanto que:

- **Primero:** Su composición permite dar una respuesta consensuada al inversionista, que proteja los intereses del Estado Peruano desde diferentes aristas. Lo expuesto considerando que la Comisión Especial reúne a todas las entidades involucradas o con interés en la controversia, tal como el Ministerio de Economía y Finanzas, quién está a cargo de los recursos económicos del país, y de la negociación de los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT); el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, organismo rector en materia normativa y de promoción de los derechos humanos; Ministerio de Relaciones Exteriores, encargado de representar al Perú en el ámbito internacional; ProInversión, organismo técnico encargado de promover la inversión

⁴⁰ **Artículo 9 de la Ley del Sicreci**

Son funciones del Presidente de la Comisión Especial:

- a) Convocar a reunión a los miembros de la Comisión Especial.
- b) Proponer a la Comisión Especial opciones para la negociación en trato directo así como para la defensa.
- c) Dirimir las decisiones de la Comisión Especial en los casos de empate entre sus miembros.
- d) Otras que le asigne el reglamento.

privada en el país; Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, encargado de la negociación de los Tratados de Libre Comercio; y, la entidad de origen del litigio, quién es quién tiene el conocimiento técnico de la controversia.

- **Segundo:** La amplitud de las facultades de la Comisión le permite determinar en principio si es competente para involucrarse en la controversia, e incluso para decidir qué es lo más favorable para el Estado Peruano, en tanto puede optar por resolver la disputa en la etapa de trato directo con el inversionista, si es que lo considera más beneficio que ir a litigar en un arbitraje internacional. Asimismo, tiene facultades para determinar la responsabilidad de la entidad pública involucrada en la controversia.

5. Etapas de respuesta de la controversia de acuerdo al Sicreci

De acuerdo a lo señalado en la Ley del Sicreci, cuando un inversionista presenta su controversia a la Comisión Especial, la misma se ventilará en principio en la etapa de trato directo, y en caso no se llegue a ningún acuerdo, se litigará en un arbitraje.

Respecto a esta primera etapa denominada también *cooling off period*, su tiempo de duración básicamente dependerá del sustento por el cual se ventila la controversia en el Sicreci. Así, en caso la justificación se encuentre en un acuerdo materia de inversión (tales como contratos de concesión o licencias de explotación de hidrocarburos, por ejemplo), el artículo 13⁴¹ de la Ley del SICRECI señala que el periodo de negociación o trato directo no deberá ser menor a seis (6) meses como requisito indispensable para someter la controversia a un arbitraje internacional.

Por otro lado, si la controversia se ventila en Sicreci en razón de la suscripción de algún Acuerdo Internacional de Inversión (AII) celebrado entre el Estado Peruano y el Estado de origen del inversionista, nos remitiremos al texto del acuerdo, a efectos de verificar el tiempo acordado para

⁴¹ Artículo 13.- Criterios de observancia obligatoria en la redacción de cláusulas de solución de controversias

Las cláusulas de solución de controversias que se redacten en los acuerdos en materia de inversión señalados en el párrafo 3.1 del artículo 3, deberán cumplir los requisitos siguientes:

- a) Establecer un período de negociación o trato directo no menor a seis (6) meses como requisito indispensable para someter la controversia a arbitraje internacional.
- b) Establecer el uso de sistemas neutrales de solución de controversias, según lo precise el reglamento de la presente Ley.
- c) Establecer la responsabilidad entre las partes por la asunción de los gastos que se deriven de su participación en el arbitraje o conciliación.
- d) Establecer la obligación del inversionista de notificar al Coordinador del Sistema, sin perjuicio de la obligación del inversionista de notificar a su contraparte cuando corresponda, para que surta efecto la comunicación de inicio del período de trato directo.

la etapa de trato directo, existiendo evidentemente variaciones dependiendo del país con que se haya suscrito el TLC o BIT, pudiéndose incluso en algunos casos incluirse el uso de procedimientos de carácter no vinculante ante terceros, tales como buenos oficios, conciliación, mediación, negociación⁴², etc.

Sobre la mecánica operativa que seguirá la Comisión en la etapa de trato directo, la Ley del Sicreci así como su Reglamento han sido sumamente escuetos, al no dar detalles de los hitos claves del interior del procedimiento, ni de sus plazos; sin embargo, de acuerdo a la información señalada por los abogados entrevistados, hemos podido recopilar de manera general que el procedimiento seguido es el siguiente:

- 1) Una vez que el inversionista presenta su Notificación de Intención al Coordinador del Sicreci y a la entidad con la que ostenta la controversia, en aras de someter una reclamación a arbitraje, se activa⁴³ la Etapa de Trato de Directo.
- 2) Posteriormente, el Coordinador del Sicreci remite al Presidente de la Comisión Especial y a la Secretaría Técnica la solicitud de trato directo, a efectos que estos evalúen la competencia en el caso; y de ser afirmativa su respuesta, emiten un 1er informe (Informe de Competencias), para luego realizar la convocatoria a los comisionados permanentes de la Comisión Especial⁴⁴.
- 3) En la primera reunión, la Comisión Especial evalúa dicha Notificación de Intención (fundamento de la controversia) y procede a convocar a todas las entidades involucradas en el asunto de la controversia, a fin de que remitan la documentación vinculada a la controversia. Específicamente se solicita que el organismo de origen de la controversia se pronuncie.
- 4) Posteriormente, se invitará al inversionista a presentar su posición ante la Comisión Especial

⁴²El TLC suscrito con Estados Unidos por ejemplo señala respecto a la etapa de enfriamiento en su artículo 10.5: Consultas y Negociación, lo siguiente: “En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de carácter no obligatorio con la participación de terceras partes”.

⁴³Es pertinente señalar que conforme al artículo 21 de la Ley N° 28933: <<Para efectos de lo dispuesto en el inciso a) del artículo 13 de la Ley, se computará como inicio del período de negociación o trato directo la fecha en que el Coordinador del Sistema fue notificado oficialmente por el inversionista de su solicitud de iniciar negociaciones o trato directo>>.

⁴⁴ La Comisión Especial entra en funciones a partir de la convocatoria de su Presidente con motivo del surgimiento de cada controversia que se presente y sesionará las veces que sea necesario hasta que se hubiere llegado a un acuerdo con el inversionista en la etapa de trato directo o hasta la solución de la controversia por arbitraje o conciliación.

en pleno, en aras que pueda explicar de manera directa a los Comisionados, los motivos de su controversia y su potencial formula de solución a la misma.

Asimismo, los Comisionados tienen la oportunidad de plantear sus preguntas al inversionista respecto de aquellos temas o puntos que no hubiesen quedado claros en la Notificación de Intención, siempre que no se considere un adelanto de opinión.

- 5) Luego de la reunión con el inversionista, la Comisión se reúne para determinar si existe una alternativa técnica legal viable, emitiéndose así un 2do informe (informe técnico – legal). La Comisión Especial podrá recomendar una fórmula de transacción, conciliación y/o suscripción de un acuerdo de solución amistosa en la etapa de trato directo.
- 6) De estar conforme el inversionista con la fórmula propuesta por la Comisión Especial, para solucionar la controversia; ésta deberá ser autorizada, previo informe del órgano colegiado, por el Consejo de Ministros, mediante Resolución Suprema refrendada por los ministros de los sectores que conforman la Comisión, y de ser el caso, por el Ministro del Sector que cumplirá tal formula de transacción, conciliación y/o acuerdo de solución amistosa.
- 7) En caso sea negativa la respuesta de la Comisión Especial respecto a una propuesta de solución de la controversia, se informará al inversionista a efectos que quede facultado para interponer su arbitraje.

Cabe resaltar que el procedimiento descrito al no tener regulación tiene algunas variaciones, que básicamente dependen de la visión que tenga sobre la etapa de trato directo el Presidente de la Comisión Especial.

Así, por ejemplo, de acuerdo con lo señalado por el doctor Valderrama, en su gestión, antes de notificar al inversionista para la reunión de trato directo (punto 4), en su calidad de Presidente del órgano colegiado, solicitaba por escrito la postura de la entidad de origen del litigio. Luego de ello, una vez tuviese claro el conflicto, redactaba su propia propuesta de solución, a efectos que el pleno de la Comisión pueda evaluarla, antes de la reunión con el inversionista.

De esta forma, toda la Comisión sabía con anticipación de que trataba la reunión que tendrían, hecho que definitivamente, hacía que los integrantes de la misma dejaran de ser meros oyentes para tener una escucha activa, y poder formular preguntas que ayudasen a la solución de la controversia.

Luego de escuchar al inversionista, la Comisión decidía si la posición redactada por el Presidente de la Comisión Especial sería suscrita. En caso el resultado fuera que existía posibilidad de solucionar la controversia en etapa de trato directo, la Comisión enviaba una respuesta por escrito

al inversionista, con un Protocolo de Negociación, basado en principios como la buena fe y la confidencialidad, en donde no participaban abogados externos, sino que solo participaba los funcionarios de la Comisión Especial.

Posteriormente, de lograr ponerse de acuerdo el inversionista y la Comisión Especial, según el artículo 13⁴⁵ del Reglamento de la Ley del Sicreci, previo informe al Consejo de Ministros, se autoriza la fórmula de solución, mediante Resolución Suprema refrendada por los ministros de los sectores que conforman la Comisión Especial, y de ser el caso del ministro del Sector que cumplirá tal fórmula.

Ahora bien ¿Qué sucede si las partes no se ponen de acuerdo? En ese caso ingresamos en la 2^{da} etapa que señala el Sicreci, es decir en el periodo del arbitraje internacional de inversión.

En este caso, de manera breve podemos señalar que las actividades de la Comisión Especial consisten en recaudar toda la documentación que sirva para sustentar el caso, realizar la contratación del estudio de abogados internacional que defenderá la posición del Estado Peruano, y coadyuvar en la labor del mismo, a efectos de velar por la protección de los intereses del país. Cabe precisar que será la Comisión Especial la encargada de realizar las coordinaciones que se requieran con las diferentes instituciones del Estado, y de llevar a cabo los actos procedimentales necesarios para que se dé inicio al arbitraje, tales como el pago de los centros

45 Artículo 13.- Transacción, Conciliación y Acuerdo de Solución Amistosa

La Comisión Especial podrá recomendar una fórmula de transacción, conciliación y/o suscripción de un acuerdo de solución amistosa en una controversia dada, sea en un proceso arbitral, de conciliación o en la etapa de trato directo. La fórmula deberá ser autorizada, previo informe al Consejo de Ministros, mediante Resolución Suprema refrendada por los ministros de los sectores que conforman la Comisión Especial y, de ser el caso, por el Ministro del Sector que cumplirá tal fórmula de transacción, conciliación y/o acuerdo de solución amistosa.

arbitrales, conforme a lo señalado en el artículo 2⁴⁶ y 8⁴⁷ de la Ley del Sicreci.

46 Artículo 2.- Objeto de la Ley

La presente Ley crea el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión con los siguientes fines:

- a) Optimizar la respuesta y coordinación al interior del sector público frente a las Controversias Internacionales de Inversión, permitiendo una oportuna y apropiada atención.
- b) Centralizar la información de los acuerdos y tratados en materia de inversión suscritos por el Estado peruano que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias.
- c) Establecer un mecanismo de alerta frente al surgimiento de cualquier Controversia Internacional de Inversión.
- d) Centralizar la información respecto a las Controversias Internacionales de Inversión que se susciten.
- e) Definir el procedimiento de coordinación entre las Entidades Públicas involucradas en una controversia.
- f) Internalizar los costos generados por las Entidades Públicas involucradas en una controversia.
- g) Estandarizar en la medida de lo posible, las cláusulas de solución de controversias a incluirse en los acuerdos y tratados en materia de inversión bajo el ámbito de la presente Ley.

47 Artículo 8.- Funciones de la Comisión Especial

Son funciones de la Comisión Especial:

- a) Evaluar las posibilidades de negociación en la fase de trato directo y adoptar una estrategia para lograrla.
- b) Solicitar informes técnicos a las Entidades Públicas involucradas en una controversia respecto de las materias vinculadas a la misma, las cuales deberán brindar la información dentro de los plazos requeridos por la Comisión Especial, bajo responsabilidad del titular de la entidad.
- c) Participar en las negociaciones con la contraparte durante la etapa de trato directo en caso de que el mecanismo de solución de controversias así lo prevea.

Tratándose de controversias que se deriven de acuerdos señalados en el literal a) del párrafo 3.1 del artículo 3, la negociación podrá ser liderada por la Entidad Pública involucrada, según lo determine la Comisión Especial.

- d) Proponer la contratación de los abogados y demás profesionales necesarios para la participación en la etapa de trato directo y en la fase arbitral o de conciliación.
- e) Efectuar la designación de árbitros, en caso de que el mecanismo de solución de controversias así lo requiera.
- f) Coadyuvar a la labor de los abogados contratados para el patrocinio del Estado.
- g) Aprobar la disposición de los recursos que sean necesarios para su participación en la negociación en la etapa de trato directo y para la conclusión de ésta, así como para permitir la actuación del Estado durante la fase arbitral o de conciliación, los que serán ejecutados conforme al artículo 14.
- h) Determinar la responsabilidad de la Entidad Pública involucrada en la controversia, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.
- i) Asignar encargos y responsabilidades.
- j) Otras que establezca el reglamento.

El mecanismo de toma de decisiones de la Comisión Especial será el que establezca el reglamento de la presente Ley.

Capítulo V. Radiografía del Sicreci

Considerando que el Sicreci nació a través de la Ley N° 28933, hace más de quince años, resulta necesario realizar una radiografía del mismo, en aras de conocer cuál es su estado actual.

En tal sentido, en el siguiente capítulo haremos un análisis FODA del Sicreci, es decir, analizaremos las fortalezas, oportunidades de mejora, debilidades y amenazas que este tenga, a fin de posteriormente incidir en la etapa de trato directo.

El análisis FODA o SWOT (por sus siglas en inglés *strengths* 'fortaleza', *weaknesses* 'debilidades', *opportunities* 'oportunidades' y *threats* 'amenazas'), es una herramienta que sirve para diagnosticar la situación interna de una organización o sistema (fortalezas y debilidades), así como su situación externa (oportunidades y amenazas). Según Ponce (2006), dicho análisis permite determinar los aspectos positivos de una organización o sistema, denominados activos competitivos, y los aspectos débiles, denominados pasivos competitivos.

Respecto al procedimiento del análisis FODA, es pertinente señalar que una vez identificado los aspectos fuertes y débiles resulta necesario evaluar ambos, sin tratar de equilibrar la balanza. Los resultados obtenidos a partir de dicha evaluación permitirán enfocar la dirección estratégica teniendo como base los activos competitivos o aspectos fuertes de la organización.

En relación con los elementos que integran el análisis FODA, a continuación, procederemos a conceptualizar cada uno de estos, a fin de tener claridad sobre los conceptos que nos permitirán efectuar la evaluación del Sicreci, así señalamos:

- **Fortaleza:** Según Vásquez (2012), son las capacidades especiales con las que cuenta la organización o sistema, y gracias a las cuales tiene una posición privilegiada. Así, por ejemplo, tenemos habilidades y capacidades, recursos que se controlen, y actividades que se desarrollan positivamente.
- **Oportunidades:** De acuerdo con Espinosa (2013), representan una ocasión de mejora de la organización o sistema. Las oportunidades constituyen aquellas fuerzas de carácter externo no controlables, pero que representan elementos potenciales de crecimiento o mejoría. En concordancia con Ponce (2006), este cuadrante contempla la apertura mental y el cambio de modelos internos para expandirse más allá de lo conocido, conforme a lo señalado por Colombo (2020).
- **Debilidades:** Espinosa (2013) señala que son aquellos puntos de los que se carece, de los que se es inferior en comparación con otros, o simplemente de aquellos en los que se puede mejorar. Está asociado con los recursos de los que se carece, con las habilidades que no se

poseen, o actividades que no desarrollan positivamente.

- **Amenazas:** Según Ponce (2006), las amenazas representan la suma de las fuerzas externas no controlables por la organización, que representan aspectos negativos y problemas potenciales.

En relación con la evaluación que se realizará al Sicreci, debemos señalar que hemos realizado entrevistas con diversos profesionales del derecho, funcionarios públicos y asesores legales de inversionistas privados, a efectos de recoger sus puntos de vista, como insumo para realizar el análisis FODA (Fortalezas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas) del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, conforme procedemos a señalar:

1. Fortalezas

Respecto a las fortalezas del Sicreci, hemos encontrado las siguientes:

1.1 Existencia de un procedimiento único de respuesta creado por Ley para atender la controversia de inversión.

En la década de los noventa cuando existía un conflicto con un inversionista extranjero no había un único sistema legal de atención de controversias; suscitándose que incluso las entidades actuaran bajo un criterio “competencial negativo”, sin saber de dónde se obtendrían los fondos para financiar la defensa del Estado Peruano

Así, señaló el maestro Bullard (2004a), sucedía que, surgida la controversia, las entidades se resistían a asumir algún rol en el tema, usándose gráficamente la expresión «[...] “nadie sabe quién es el titular de la cuenta”. Ello determinó, que «producida la controversia, la forma de procesarla sea totalmente diferente dependiendo de la situación política del momento, y de las personas que ocupen los cargos en cada situación. No está “manualizado” cómo se debe proceder».

Como correlato de lo expuesto, al no liderar ninguna entidad la atención de la controversia, ninguna tampoco quería sacrificar parte de su presupuesto para contratar a expertos que defiendan al Estado en un arbitraje internacional.

Lo expuesto generaba desorden, pérdida de tiempo, y lógicamente una inadecuada atención del arbitraje internacional próximo a ventilarse, teniéndose como consecuencia que en caso se perdiese, todos los recursos económicos del país se vieran comprometidos.

Ante tal escenario, nació el Sicreci, a través del cual el Estado tiene un único sistema de respuesta

para todas las entidades públicas.

La ruta de atención trazada por el Sicreci permite brindar una respuesta rápida a las solicitudes de controversia que se planteen, y otorga previsibilidad a las entidades públicas respecto a cómo se manejará la atención del caso.

Para ello, el Sicreci, dispuso la existencia de un Coordinador quien es el encargado de recibir la notificación o alerta de inicio del mecanismo de solución de controversias. Asimismo, dispuso la existencia de una Comisión Especial, quien se encarga de gestionar la controversia, tanto en la etapa de trato directo, como en el arbitraje.

Al hilo de lo expuesto, contar con un procedimiento único de atención de controversias, conforme ha sido diseñado en el Sicreci, permite que el inversionista conozca los mecanismos que debe activar, y a quienes debe notificar en caso tenga una controversia con el Estado, previsibilidad que en las controversias de inversión es sumamente valorada.

1.2 La Comisión Especial decide su competencia

El artículo 15⁴⁸ del Reglamento de la Ley Sicreci señala que los miembros permanentes de la Comisión Especial son los que deciden la competencia de esta.

La capacidad de la Comisión Especial de determinar su propia competencia respecto de las controversias que le son notificadas, le otorga la autonomía y autoridad suficiente para determinar la naturaleza de la controversia, y asumir la atención y el consecuente riesgo del Estado en verse emplazado en una disputa de carácter internacional.

En tal sentido, la determinación de la competencia de la Comisión Especial permite servir de filtro, a fin de determinar si la controversia deberá ser ventilada en un arbitraje de inversión internacional, o en fueros nacionales.

Por otro lado, la determinación de la competencia por parte de la Comisión Especial conlleva a que esta se convierta en el único interlocutor válido en el procedimiento, solicitándose que ninguna autoridad se pronuncie sobre el caso, a efectos de no perjudicarlo. Así, el doctor Valderrama (2015)⁴⁹ señala que «este es un punto medular para una defensa ordenada y eficiente,

⁴⁸ Artículo 15.- Definición de competencia.

Corresponde a los miembros permanentes de la Comisión Especial determinar la competencia de ésta en cada una de las controversias, a propuesta del Coordinador.

⁴⁹ Documento obtenido mediante el Oficio N° 0504-2021-EF/45.02, de fecha 09 de marzo de 2021, por parte del Ministerio de Economía y Finanzas a través del Portal de Transparencia.

pues los inversionistas buscan dialogar directamente con las entidades públicas relacionadas a su disputa (sus contrapartes originales). Esto genera el riesgo de que el Estado exponga más de una posición u opinión, que luego podría usarse en su contra ante el tribunal arbitral. Una vez asumida la competencia por la Comisión, las demás entidades deben abstenerse de pronunciarse sobre el tema y referir al inversionista a la Comisión; de lo contrario, la defensa en el proceso arbitral se puede ver seriamente afectada por contradicciones que luego tendrán que ser explicadas al tribunal».

Finalmente, la determinación de la competencia activa el procedimiento de coordinación al interior del Estado, pudiendo realizar la Comisión Especial, actos tales como solicitudes de información, citaciones de reuniones, contratación de abogados, etc.

1.3 El Sicreci dispone la existencia de una etapa de trato directo

La Ley de creación del Sicreci dispone el desarrollo de la etapa de trato directo de manera obligatoria para cada controversia que se suscite, a efectos que las partes, Estado e inversionista, tengan la oportunidad de solucionar sus diferencias directamente.

En relación con la etapa de trato directo, la negociación constituye «el arte de llegar a una mutua comprensión, a través de discusiones sobre los puntos esenciales de un contrato, tales como entrega, especificaciones, o términos. Dada la interrelación de dichos factores entre sí y con muchos otros, se trata de un arte que requiere juicio y sentido común». (Hajek 1968:12)

En tal sentido, el trato directo constituye una ventana para que el inversionista que no encuentre una solución con la entidad pueda expresar su caso, ante otros funcionarios del Estado, en aras de encontrar una solución antes de llegar a un litigio; siendo a decir del doctor Valderrama “el momento más importante”.

Por otro lado, toda vez que el desarrollo de la etapa de trato directo es obligatorio antes de que una de las partes pueda interponer un arbitraje, esta se constituye en un mecanismo compulsorio, a fin de que las partes busquen seriamente resolver el conflicto de manera autónoma.

Respecto a cómo se materializa la etapa de trato directo, es pertinente recalcar que el artículo 13 del Reglamento de la Ley del Sicreci, señala que la Comisión Especial en esta etapa podrá recomendar una fórmula de transacción, conciliación y/o suscripción de un acuerdo de solución amistosa.

Finalmente, en relación a los beneficios de la etapa de Trato Directo, podemos señalar dos tipos: visibles e invisibles. Respecto al beneficio visible de esta etapa tenemos el ahorro de costos de

transacción, considerando que el artículo 13⁵⁰ de la Ley Sicreci prevé que, en el caso de controversias derivados de contratos, la etapa de trato directo dure un periodo de 6 meses para que se llegue a la solución final frente a un proceso arbitral que puede durar aproximadamente 2 a 3 años, y cuyos costos tan solo de defensa bordearan los 5 millones de soles. Respecto a los costos invisibles, es decir que existen pero que hasta ahora no se han cuantificado, consideramos el mejoramiento de nuestra reputación frente a potenciales y nuestros actuales inversionistas extranjeros, al ser conocido como un país de pocas demandas arbitrales.

1.4 En la etapa de trato directo, el inversionista tiene la oportunidad de explicar la problemática y reunirse no solo con la entidad en litigio sino además con una Comisión Especial, la cual está integrada por una serie de entidades interesadas en coadyuvar en la solución del problema tales como el MEF, MINJUS, ProInversión, Relaciones Exteriores, etc.

De acuerdo a lo regulado en el Sicreci, una vez que el inversionista se plantea la interposición de un arbitraje internacional, deberá llevar a cabo de manera previa la etapa de trato directo, en la que participarán una serie de entidades, además la entidad originaria del conflicto.

La participación de diversas entidades permite que el conflicto pueda ser solucionado de manera más efectiva, al recopilarse diversos puntos de vista, lo cual conlleva un análisis de todas las aristas de la controversia, así por ejemplo MEF podrá estar enfocado en la relación con el inversionista respecto al tratado bilateral de inversión suscrito, y por ende en el impacto económico; mientras el MINJUS tendrá como foco el aspecto legal; y Cancillería, por ejemplo, analizará el efecto que se produce sobre las relaciones de nuestro país con el país del inversionista.

Lo expuesto, al menos teóricamente, permitiría lograr un análisis integral de la controversia

⁵⁰ Artículo 13.- Criterios de observancia obligatoria en la redacción de cláusulas de solución de controversias

Las cláusulas de solución de controversias que se redacten en los acuerdos en materia de inversión señalados en el párrafo 3.1 del artículo 3, deberán cumplir los requisitos siguientes:

- a) Establecer un período de negociación o trato directo no menor a seis (6) meses como requisito indispensable para someter la controversia a arbitraje internacional.
- b) Establecer el uso de sistemas neutrales de solución de controversias, según lo precise el reglamento de la presente Ley.
- c) Establecer la responsabilidad entre las partes por la asunción de los gastos que se deriven de su participación en el arbitraje o conciliación.
- d) Establecer la obligación del inversionista de notificar al Coordinador del Sistema, sin perjuicio de la obligación del inversionista de notificar a su contraparte cuando corresponda, para que surta efecto la comunicación de inicio del período de trato directo.

tratada, a efectos de garantizar que no se desincentive la inversión extranjera, ni tampoco exista un perjuicio económico para el Estado Peruano respecto al caso concreto en litigio.

2. Oportunidades:

2.1 Participación de representantes del Sicreci en Foros Internacionales

El Perú integra diversos foros internacionales en materia de inversiones, entre estos APEC y la Alianza del Pacífico, los cuales pudieran aprovecharse o explotarse para que representantes del Sicreci puedan discutir temas relacionados al arbitraje de inversión.

En el foro APEC (*Asia-Pacific Economic Cooperation*) podemos encontrar, por ejemplo, un Grupo de Expertos en materia de Inversión (IEG por sus siglas en inglés)⁵¹, el cual lidera la aplicación de un conjunto de principios de inversión no vinculantes para todos los países integrantes del foro.

Por otro lado, desde hace algunos años los países que formaron la Alianza del Pacífico vienen discutiendo las medidas que permitan contribuir a generar una mayor cantidad de atracción de inversión extranjera y que coadyuven a solucionar problemas comunes en materia de inversión.

Para alcanzar sus fines, los países de la Alianza comparten sus experiencias e impulsan aquellas medidas que tuvieron resultados positivos, o recomiendan evitar aquellas medidas que no fueron tan positivas como se esperaba en un primer momento.

En ambos casos descritos, consideramos que podría resultar beneficioso para el Sicreci, que sus miembros, específicamente la Presidencia de la Comisión Especial y su secretaria técnica, puedan participar en este tipo de foros, a fin de que los funcionarios que atenderán directamente a los inversionistas cuenten con una visión global sobre el tratamiento dado a la inversión extranjera dado por sus pares en el mundo, y de la forma de resolver disputas que estos manejan.

2.2 Presiones externas para el cambio del marco normativo

Según Fernández (2003), el fenómeno de la globalización ha conllevado a una creciente comunicación e interdependencia entre los países del mundo, al haberse permeabilizado y debilitado las fronteras nacionales de los mismos, al menos en el ámbito económico; situación

⁵¹Se puede acceder a la información del *Investment Expert's Group* a través del siguiente enlace: <https://www.apec.org/Groups/Committee-on-Trade-and-Investment/Investment-Experts-Group>

que ha generado la aplicación de políticas caracterizadas principalmente, por la desregulación y eliminación de trabas burocráticas en el intercambio de bienes, servicios, la libre circulación de capitales y la transferencia de tecnología, de acuerdo con McGraw Hill (1993).

Así, muchos países en la región han tenido un gran éxito económico al eliminar las barreras regulatorias más significativas a la inversión extranjera, y adoptar aquellas buenas prácticas realizadas por países modelo en atracción de grandes volúmenes de flujos de IED, tal como señala las Naciones Unidas CEPAL (2020).

Nuestro país no ha sido ajeno a esta situación sino que ha realizado acciones destinadas a tener un mejor clima de negocio, para atraer y retener la inversión extranjera, tales como la suscripción de más de 30 Acuerdos Internacionales en materia de Inversión con países del Pacífico, Europa y América Latina, y la adhesión al Convenio de Washington, que reconoce al CIADI como tribunal de resolución de las disputas que se susciten entre un inversionista extranjero y el Estado Peruano.

Asimismo, conviene traer a la memoria que en el marco del proceso peruano de implementación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, mediante Ley 29157, publicada el 20 de diciembre de 2007, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo facultades legislativas relacionadas con la implementación del Tratado y el marco normativo de apoyo a la competitividad económica, conforme señala Alonso (2010), en los siguientes temas:

- Facilitación de comercio
- Mejora del marco regulatorio.
- Mejora de la administración de justicia.
- Promoción de la inversión privada.
- Impulso a la innovación tecnológica.
- Promoción del empleo y de las micro, pequeñas y medianas empresas.
- Fortalecimiento institucional de la gestión ambiental; y
- Mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.

Ahora bien, más de una década después, la economía mundial atraviesa una grave crisis por la pandemia COVID-19, la cual ha provocado una drástica contracción de la IED. Pero la pandemia incluso no es la única novedad con consecuencias importantes para la IED. De acuerdo a lo señalado por UNCTAD (2020), a través de su Secretario General, la nueva revolución industrial,

el cambio de rumbo hacia un mayor nacionalismo económico y las tendencias en materia de sostenibilidad ambiental tendrán consecuencias de gran alcance para la configuración de la producción internacional en los diez años que quedan hasta el 2030.

Ante tal situación, los Estados se han visto impulsados a trabajar políticas de inversión, considerando que atraer IED sigue siendo un importante objetivo de los gobiernos. Así, por ejemplo, 54 economías introdujeron al menos 107 medidas que afectaban a la inversión extranjera en 2019; tres cuartas partes de ellas se orientaban hacia la liberalización, la promoción y la facilitación, siendo las economías emergentes de Asia las más activas. Asimismo, varios países simplificaron los procedimientos administrativos para la inversión o ampliaron los regímenes de incentivos.

Respecto al Perú, podemos afirmar que los cambios en el marco internacional de inversiones que se vienen suscitando, constituyen una oportunidad para el desarrollo de un marco político y normativo actualizado en materia de inversión extranjera, que este a la par con el resto de países en el mundo, a fin de poder presentarnos en el escenario mundial como un país más abierto, es decir más atractivo a la IED.

3. Debilidades:

3.1 La etapa de trato directo constituye una etapa tardía para prevenir el conflicto.

Cuando un inversionista presente una controversia respecto a la decisión de una entidad, lo primero que hace es recurrir a esta a efectos de intentar solucionar el problema.

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado en las entrevistas por el grupo de abogados que asesoran inversionistas, sucede en la práctica que el inversionista se quedará varios meses con la entidad enviando y recepcionando documentos, antes de recurrir a la Comisión Especial.

Para cuando el inversionista decide recurrir a la Comisión Especial, ya se habrá desgastado su relación con la entidad y sufrido algunos daños económicos, hecho que se agravará más con el transcurrir lento y desconocido de esta etapa (transcurren varios meses más hasta que obtiene alguna respuesta).

Lo expuesto pretende denotar que la etapa de trato directo es una etapa un tanto tardía para prevenir el conflicto, al iniciarse justamente una vez que el inversionista no pudo lograr una solución con la entidad de origen del conflicto.

Si bien el artículo 5⁵² de la Ley del Sicreci señala que la entidad que se entere de cualquier forma de una posible controversia debe comunicarla al Coordinador del Sicreci en el plazo de cinco días, la misma Ley no ha previsto respuesta alguna ante dicha comunicación, siendo obligación del Coordinador únicamente comunicar a la Comisión Especial.

Asimismo, a nivel normativo tampoco se ha previsto que la Comisión Especial participe de la fase previa a la etapa de trato directo que se suscita en la entidad, por lo que, en razón de sus múltiples obligaciones, acaba dicho órgano sentándose a esperar que el inversionista comunique formalmente la controversia de inversión, a fin de llevar a cabo la etapa de trato directo, etapa en que como veremos más adelante en los últimos años no se soluciona prácticamente ningún caso.

En base a lo expuesto, el que una entidad comunique inmediatamente que tomo conocimiento de una posible controversia, acaba perdiendo su finalidad, si la Comisión Especial no tiene una actuación proactiva y preventiva de la controversia.

En consecuencia, conforme a lo señalado en la entrevista por el doctor Ricardo de Urioste, consideramos que debiera existir una obligación de respuesta a la comunicación de las entidades sobre posibles controversias, a efectos que algún servidor público del SICRECI tenga contacto inmediato con la entidad en conflicto y con el inversionista antes de llegar a la etapa de trato directo, a efectos de constituirse en un soporte en esta etapa inicial, en aras de afianzar realmente el rol preventivo del sistema.

52 Artículo 5.- Procedimientos generales del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión

5.1 Los procedimientos generales del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, son los siguientes:

a) Comunicación de suscripción de acuerdos y tratados en materia de inversión

Toda Entidad Pública que suscriba o haya suscrito un acuerdo en materia de inversión señalado en el literal a) del párrafo 3.1 del artículo 3 o que represente al Estado peruano en la suscripción de un tratado señalado en el literal b) del párrafo 3.1 del artículo 3, en el que se estipule un mecanismo internacional de solución de controversias, deberá informar al Coordinador acerca de la suscripción de dicho acuerdo o tratado y remitir copia del mismo, conforme al procedimiento que establezca el reglamento de la presente Ley.

b) Alerta frente al surgimiento de una controversia

Toda Entidad Pública que sea notificada por un inversionista respecto de su intención de someter una controversia de inversión a un mecanismo internacional de solución de controversias, deberá informar al Coordinador conforme al procedimiento que establezca el reglamento de la presente Ley. Asimismo, esta obligación se extiende a las Entidades Públicas que tengan la intención de someter una controversia de inversión a un mecanismo internacional de solución de controversias.

5.2 Los procedimientos a que se refiere el párrafo precedente son de observancia obligatoria, bajo responsabilidad.

3.2 Falta de desarrollo normativo para que la Comisión Especial pueda ejercer la potestad sancionadora.

El artículo 8 literal h)⁵³ de la Ley del Sicreci establece como función de la Comisión Especial determinar la responsabilidad de la Entidad Pública involucrada en la controversia.

El Sicreci, si bien como sistema está enfocado en la atención de la controversia hacia el exterior, a efectos que el país goce de una adecuada defensa; contempla responsabilizar a la entidad que dio origen a la controversia, considerando que podrían existir casos en que la misma surja por negligencia o imprudencia de esta.

Lo expuesto en razón que aun cuando el país resulte ganador de la controversia, el litigar en un arbitraje internacional genera costos altos al mismo, tanto a nivel económico como en su reputación (espanta a potenciales clientes: inversionistas); por lo que consideramos que es razonable que se determine la responsabilidad de la entidad pública originaria del conflicto.

Ahora bien, para que la Comisión Especial pueda ejercer su función sancionadora, debe respetar las garantías sustantivas y procedimentales existentes; lo cual implica básicamente que debe respetarse el principio de tipicidad y el debido procedimiento. Respecto del primer principio, el numeral 4 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS señala que «solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía».

En tal sentido, al no existir ningún desarrollo normativo que permita establecer las conductas que serán sancionables, siendo la materia tan altamente especializada, se suscita un vacío legal, que impide aplicar la mencionada potestad sancionadora por parte de la Comisión, hecho que acarrea que en la práctica sea difícil que se sancione a una entidad.

⁵³ **Artículo 8.- Funciones de la Comisión Especial**

Son funciones de la Comisión Especial:

[...]

h) Determinar la responsabilidad de la Entidad Pública involucrada en la controversia, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 14. [...]

En consecuencia, en aras que los titulares de las diversas entidades se vean compelidos a encargar los temas vinculados o que podrían derivar en una controversia de inversión, a servidores públicos altamente capacitados y con capacidad de análisis, y no a sus allegados, consideramos que debiera normarse las causales que se imputaran para que una entidad sea sancionada, el procedimiento a seguir, así como las sanciones que se aplicará.

3.3 No se exige de manera obligatoria ninguna capacitación para ser miembros de la Comisión Especial, ni para participar en las entidades públicas en temas vinculados a controversias de inversión.

Considerando el nivel de especialidad que tienen los arbitrajes de inversiones, y el impacto que generaría a nivel económico la pérdida de uno de estos resultaría necesario exigir que los miembros de la Comisión Especial, y los servidores públicos que trabajen en las entidades en estos temas, cuenten con una capacitación o especialización en la materia.

Ahora bien, el artículo 8 del Reglamento de la Ley de Sicreci establece como requisitos para ser miembros titulares y alternos, permanentes y no permanentes, de la Comisión Especial, condiciones demasiado básicas, tales como ser ciudadano peruano en ejercicio, no haber sido sancionado penalmente por delito doloso, no haber sido sancionado con cese o destitución como consecuencia de un procedimiento disciplinario, no haber sido inhabilitado por sentencia judicial, tener reconocida solvencia moral, no tener conflicto de intereses, y **“de preferencia”, es decir de manera optativa**, ser un profesional titulado con experiencia de inversión.

Lo expuesto denota que prácticamente cualquier servidor público podría fungir de representante de su entidad ante la Comisión, con lo cual el aporte que daría para solucionar la controversia podría ser mínimo.

Este punto no pretende excluir a nadie, por el contrario, consideramos que, si se exigiese capacitación para los puestos laborales vinculados a controversias de inversión, se crearía un incentivo para que los servidores públicos se eduquen en la materia, sabiendo que tendrían altas probabilidades de emplearse, lo cual a su vez ayudaría al sistema a prevenir las controversias y/o en todo caso a garantizar la solución más eficiente, sea a través del trato directo o el arbitraje.

3.4 No se ha regulado en la etapa de trato directo los plazos establecidos entre cada ítem.

La Ley N° 28933 que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 125-2008-EF, otorgan el marco legal específico para la atención de las controversias internacionales entre inversionistas y el Estado, disponiendo un adecuado nivel de coordinación

entre los sectores.

De acuerdo al procedimiento establecido en el Sicreci, el inversionista que tenga una controversia, antes de recurrir a un arbitraje internacional deberá pasar por la denominada etapa de trato directo, cuya duración mínima será de seis meses, conforme a lo señalado en la Ley del Sicreci.

Ahora bien, al no haber ninguna otra disposición que regule la etapa de trato directo, sucede que el desarrollo de la misma acaba dependiendo del estilo de liderazgo del Presidente de la Comisión Especial, conforme ha sucedido.

Así, por ejemplo, de las experiencias recopiladas en los últimos años, a través de las entrevistas, nos fue señalado con pesar, que desde que el inversionista notifica a la entidad su intención de recurrir a un arbitraje transcurre aproximadamente el plazo de seis largos meses, antes que obtenga alguna respuesta al documento presentado.

Dicha demora en el tiempo genera que el inversionista llegue a la reunión de trato de directo con la Comisión Especial, cansado de esperar atención, y en una incertidumbre total de lo que sucederá respecto a su reclamo.

A ello se debe agregar que recién en la reunión de trato directo, el inversionista podrá exponer el punto controversial que genera su reclamo; por ende, después de varios meses de esperar, llegará a una reunión en la que la mayoría de asistentes no tendrán ninguno o muy poco conocimiento de su problema, y en la que incluso, a decir de alguno de nuestros entrevistados, “le evadirán la mirada”; situación que acabará por impulsarlo a presentar su demanda de arbitraje.

Considerando lo expuesto, en aras de evitar puntos ciegos para el inversionista y coadyuvar a no generarle más incertidumbre de la estrictamente necesaria, consideramos que a nivel de Reglamento de la Ley de Sicreci debería establecerse cuál es el procedimiento a seguir en la etapa de trato directo, a fin que sea público cuál es la ruta de atención de la etapa de trato directo y los plazos en los que se desarrollará esta.

Respecto al procedimiento actual que sigue la etapa de trato directo, de acuerdo a lo recopilado en las entrevistas, si bien no existen plazos claros, sí se desarrollan los siguientes puntos:

- 1) **Informe Previo de Competencias:** Lo primero que realiza la Comisión Especial es determinar su propia competencia respecto del caso que le presentan.
- 2) **Informe Técnico del Sector:** De ser afirmativa la competencia de la Comisión Especial, se solicita a la entidad de origen de conflicto un informe técnico que señale su posición frente a la controversia.

- 3) **Propuesta de negociación o litigio del Presidente de la Comisión Especial:** El Presidente de la Comisión Especial elabora un informe basado en el informe técnico del sector, a efectos que la Comisión lo valide.
- 4) **Reunión del inversionista y la Comisión Especial:** El inversionista expondrá la controversia y su propuesta de solución, siendo que la Comisión Especial lo escuchará atentamente y realizará las consultas que crea conveniente.
- 5) **Carta de respuesta de la Comisión Especial:** Mediante este acto se materializará la respuesta de la Comisión Especial respecto a si es factible solucionar la controversia en la etapa de trato directo. Como veremos en los próximos capítulos en los últimos cinco años la constante ha sido que las controversias deriven en arbitrajes internacionales.

Al respecto, consideramos que regular la etapa de trato directo y sus plazos, generará un mejor clima de negociación para el inversionista en conflicto, pero además como un beneficio macro permitirá que los inversionistas reconozcan al Perú como un país que brinda certeza respecto al procedimiento seguido en la etapa de trato directo, dado que elimina los puntos en blanco que actualmente existen en esta etapa.

3.5 Falta de claridad del objetivo de la etapa de trato directo.

Ni la Ley del Sicreci, ni su Reglamento, establece el objetivo de la etapa de trato directo, entonces es conveniente preguntarnos ¿cuál es la finalidad de esta etapa? ¿Ser una etapa formal de toma de conocimiento previa al arbitraje que permita ganar tiempo para documentar el caso? ¿O acaso esta etapa es un segundo filtro para realizar un análisis concienzudo de la controversia, a efectos de poder determinar la legalidad y conveniencia de la conducta realizada por el Gobierno, y evaluar integralmente que es realmente lo más beneficioso para el Perú, negociar o arbitraje?

Como ya hemos señalado, el artículo 9⁵⁴ de la Ley del Sicreci, señala dentro de las funciones del presidente de la Comisión Especial, **proponer opciones para la negociación en trato directo**, y en su artículo 8, señala como función del Colegiado, **“Evaluar las posibilidades de negociación**

⁵⁴ **Artículo 9.- Funciones del Presidente de la Comisión Especial**

Son funciones del Presidente de la Comisión Especial:

- a) Convocar a reunión a los miembros de la Comisión Especial.
- b) Proponer a la Comisión Especial opciones para la negociación en trato directo, así como para la defensa.
- c) Dirimir las decisiones de la Comisión Especial en los casos de empate entre sus miembros.
- d) Otras que le asigne el reglamento.

en la fase de trato directo y adoptar una estrategia para lograrla”.

Ahora bien, tal como indicamos en el acápite anterior, al no estar regulados los hitos claves que deberán seguirse en la etapa de trato directo, y no existir claridad sobre el objetivo que persigue esta etapa, podría darse el caso que el Presidente de la Comisión Especial en lugar de realizar su propio análisis, espere a recibir el informe técnico de la entidad con la que el inversionista no logró solucionar su controversia, para emitir su propuesta, a efectos de seguir el mismo criterio para asegurarse de no asumir responsabilidad alguna por una opinión distinta.

De lo expuesto podemos afirmar que al no existir claridad sobre cuál es la finalidad de la etapa de trato directo, ni estar regulado su procedimiento, la misma acaba dependiente de la visión del Presidente de turno de la Comisión Especial, hecho que no debería ser así.

3.6 Falta de estándares de negociación para la etapa de trato directo.

Asumiendo que tenemos la fortuna que el Presidente de la Comisión Especial vea a la etapa de trato directo como una etapa de autoevaluación y de búsqueda de soluciones a la controversia, la falta de criterios o estándares objetivos constituye un desincentivo para que los funcionarios públicos solucionen la controversia en esta etapa, considerando la cultura del miedo que existe en el país a la Contraloría General de la República.

En tal sentido, el establecimiento de criterios objetivos cobra especial relevancia, en tanto permitirían de un lado que, tanto inversionistas como los funcionarios públicos evalúen la razonabilidad de las propuestas de solución que se formulen; y del otro, servirían de respaldo a los miembros del colegiado, a efectos de disipar su temor de una posible denuncia.

Según Fisher *et al.* (1991), para alcanzar esta última finalidad, los criterios objetivos usados en la negociación deben ser independientes de la voluntad de los funcionarios públicos, legítimos y prácticos, así como aplicables a todos los participantes.

Cabe precisar que, entendemos que un criterio o estándar adquiere el rango de objetivo cuando tiene legitimidad social, en el sentido de que además de reiteración y habitualidad suficiente, es respetado como criterio por su credibilidad y consenso de validez entre quienes construyen el campo, conforme a lo señalado por Greco y Brandoni (2003).

Como ejemplo de lo que podría constituir uno de los criterios objetivos para solucionar la controversia en la etapa de trato directo, es pertinente traer a colación lo señalado en la entrevista por el Lic. Francisco Dumler Cuya, quién nos proponía la aprobación de una metodología similar a la del sistema nacional de inversión pública, que incluya en sus variables, el costo fijo del caso (pago de árbitros y abogados), la probabilidad de un resultado favorable, el costo futuro en la

relación con el inversionista, y el beneficio social que se generaría.

En consecuencia, en aras de lograr la mayor eficiencia posible en la etapa de trato directo, resulta necesario que se establezcan cuáles son los criterios objetivos que se deben seguir en dicho periodo, a efectos que exista un respaldo a favor de los Comisionados, que logre desvirtuar el temor de una posible denuncia, que impida solucionar la controversia en la etapa de trato directo.

3.7 Falta de especialización y división de equipos al interior de la Comisión Especial para llevar a cabo la etapa de trato directo

Así como cuando estamos enfermos requerimos visitar al doctor y no a un ingeniero, la etapa de trato directo debería ser atendida por profesionales especializados en esta materia.

Actualmente, de las entrevistas que hemos realizado, sabemos que los integrantes de la Comisión Especial son aproximadamente siete miembros, los cuales en su mayoría se encargan de preparar la información que se entregará al estudio jurídico internacional que llevará a cabo la defensa del Estado Peruano, y como correlato de lo expuesto, de supervisar la labor que realice dicho estudio, para efectos de su pago.

Ahora bien, si consideramos que la etapa de trato directo tiene una finalidad de autoevaluación y potencial solución, y no de sustento del litigio, resulta una debilidad del Sicreci que ambas etapas sean atendidas por exactamente el mismo personal.

En tal sentido, resulta de vital importancia que la Comisión Especial cuente con profesionales capacitado en técnicas de negociación enfocados en solucionar la controversia; recordemos siempre que nuestra intención es que el inversionista continúe invirtiendo su capital en nuestro país, obviamente dentro del marco legal.

Una vez conseguido ello, resultaría importante dividir el trabajo, a efectos de que se formen equipos al interior de la Comisión Especial que tengan objetivos distintos. Como ejemplo podemos señalar que, en materia sancionadora, en nuestro país, hace apenas algunos años se vio por conveniente realizar una división de la etapa de instrucción y de la etapa sancionadora, en razón que ambas tienen fines distintos (la primera busca sustentar que el administrado ha cometido una infracción, y la segunda está enfocada en evaluar imparcialmente si la conducta de la administrada calza dentro en alguna infracción).

En tal sentido, consideramos que sería más que necesario que la Comisión cuente con dos equipos, el primero el de negociación, enfocado en solucionar la controversia de manera previa (en la entidad) y durante la etapa de trato directo; y el segundo, el del arbitraje internacional, enfocado en sustentar el caso y elaborar la posición del litigio.

No generar este nivel de especialización podría llevarnos a pensar erróneamente que ganar siempre una discusión y como consecuencia ingresar en un arbitraje internacional, es sinónimo de eficiencia; y a normalizar que los encargados de negociar las controversias sean los especialistas en litigios.

3.8 La confidencialidad de las opiniones o recomendaciones producidas en el marco del proceso deliberativo de la Comisión Especial, en la etapa de trato directo deben estar establecida a nivel de la Ley del Sicreci, a efectos de disminuir el temor de los funcionarios públicos.

Considerando que la finalidad de la etapa de trato directo es distinta a la del arbitraje internacional, resulta necesario que las discusiones que se realicen en esta, se mantengan en total confidencialidad.

Así, el artículo 17 del Reglamento de la Ley de Sicreci, señala que la información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo en el marco de una Comisión Especial en la etapa de negociaciones de trato directo, tiene carácter confidencial.

Ahora bien, en aras de fortalecer dicha confidencialidad, y eliminar el temor existente de los servidores públicos de emitir algún pronunciamiento que después les resulte en contra en el arbitraje de inversión, de las entrevistas recogimos la necesidad de elevar la obligación de reserva, a una exigencia legal, es decir que dicha confidencialidad este plasmada en la misma Ley del Sicreci.

Si bien, el artículo 17 del Reglamento de la Ley del Sicreci, hace referencia al Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que señala que se considerará información clasificada los elementos de las negociaciones internacionales que de revelarse alteraran los acuerdos adoptados, no siendo públicos durante el *curso* de las mismas; aun lamentablemente se mantiene el temor de algunos funcionarios, por lo que a efectos de otorgar mayor tranquilidad en el proceso de trato directo, sería recomendable que la disposición de confidencialidad se plasme en la Ley del Sicreci, a efectos que no se constituya en un punto débil de la etapa de enfriamiento.

3.9 El sistema dispone la comunicación de suscripción de acuerdos que estipulen un mecanismo internacional de solución de controversias, de forma posterior a la realización de este; por ende, no se pueden prevenir cláusulas patológicas.

El Sicreci dispone que las entidades informen del establecimiento de un mecanismo

internacional de solución de controversias, de acuerdo al artículo 5 del Reglamento de la Ley de Sicreci, en un plazo de 30 días hábiles desde la suscripción del acuerdo; sin embargo, no existe una etapa previa en la que se evalúe si el contrato que da origen a la controversia amerita en sí mismo activar el Sicreci, considerando el ámbito de aplicación que actualmente este tiene.

Lo expuesto ha generado que el Sicreci sea activado no solo en controversias de inversión sino también ante fallos en la ejecución contractual, ello porque de acuerdo a lo recopilado en las entrevistas, muchas entidades hacen un *copy-paste* de los modelos de contratos de PRO – INVERSIÓN publicados en la web sin realizar un mayor análisis del mecanismo de resolución de controversias que están disponiendo para su caso.

Evidentemente, resulta complicado que la Comisión Especial pueda evaluar la cláusula de resolución de controversias que se pretenda aplicar en todos los contratos que suscribe el Estado Peruano a nivel nacional; sin embargo, sí debería existir un mecanismo de evaluación de manera previa, quizás al interior de la misma entidad.

Es decir, si cada entidad tuviera un servidor público capacitado en temas de controversias de inversión, que, entre sus funciones y responsabilidades principales tuviese que revisar y validar los contratos a suscribirse, y como parte de estos, específicamente la cláusula de resolución de controversias; y que, ante dudas, pueda contactar con el coordinador de la Comisión Especial, o con la persona que se designe dentro de esta, se podría evitar que el Estado Peruano siga una ruta legal que además de ser la equivocada, resulta sumamente onerosa, y genera una mala reputación a nivel mundial con los inversionistas.

4. Amenaza:

4.1 La excesiva carga de la Comisión Especial podría generar que exista una inadecuada atención de los casos.

De acuerdo a las entrevistas realizadas a funcionarios públicos que laboran en la Secretaría Técnica de la Comisión Especial, se ha destacado el hecho que el número de personal que labora en la misma ha sido rebasado por la carga laboral, considerando el número de controversias que actualmente se vienen ventilando.

En tal sentido, podemos analizar este problema desde dos perspectivas, de un lado, a partir de la Secretaría Técnica de la Comisión Especial, y del otro, respecto a los Comisionados.

Así, la Secretaría Técnica de la Comisión Especial está integrada por el Presidente de la Comisión Especial, la Secretaria Técnica, cuatro abogados y una Secretaria Administrativa; quienes deben atender actualmente los veintiún arbitrajes que se vienen ventilando en paralelo,

cada uno de los cuales requiere el armado del expediente del caso, y la verificación del trabajo de los estudios de abogados internacionales que se contratan; ello sin contar con los ocho casos que se encuentran en etapa de Trato Directo, que de no solucionarse se convertirán en ocho arbitrajes adicionales, y de las controversias cuya competencia se viene evaluando.

Asimismo, respecto a los Comisionados, al no ser servidores que se dedican con exclusividad a tratar estos temas, sino que en adición a las múltiples tareas que usualmente tienen en sus instituciones, se ocupan de representar a su entidad dentro de la Comisión Especial, su participación en el órgano colegiado acaba constituyendo una carga adicional no remunerada.

En consecuencia, resulta una debilidad del sistema, de un lado, que la Secretaría Técnica de la Comisión Especial no cuente en su interior con el suficiente recurso humano necesario para prevenir y atender las controversias planteadas por los inversionistas; y del otro, que no exista ningún criterio objetivo que permite garantizar que el Comisionado tenga el tiempo laboral suficiente para involucrarse en los casos de controversias que tenga la Comisión Especial, más allá de ser un mero oyente de las reuniones.

4.2 Riesgo que la Comisión Especial no alcance su finalidad.

La idea que la Comisión Especial este integrada por diversas entidades, tiene por finalidad que cada uno de los comisionados de su opinión de la controversia, a efectos que se logre realizar un análisis integral de la situación, y de esta manera arribar a la mejor solución.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 15⁵⁵ de la Ley del Sicreci, recae responsabilidad sobre cada uno de los miembros de la Comisión Especial, que adopten una opinión discordante con la Entidad Pública involucrada directamente en una controversia.

Ello obviamente constituye un desincentivo para los integrantes de la Comisión, puesto que, de emitir una opinión contraria a lo señalado por la entidad origen del conflicto, podrían ser sancionados.

En tal sentido, resulta más fácil para los comisionados convertirse en meros oyentes, asistir a

⁵⁵ **Artículo 15.- Responsabilidad de la Comisión Especial**

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14, la responsabilidad que emane de los acuerdos que adopten o de las gestiones y actos que ejecute la Comisión Especial, en opinión discordante con las Entidades Públicas involucradas en una controversia, recae exclusivamente en cada uno de los miembros de la Comisión.

En estos supuestos, las acciones que ejecuten las Entidades Públicas involucradas en una controversia, en cumplimiento de los acuerdos, encargos o responsabilidades asignadas por la Comisión Especial, corresponde exclusivamente a cada uno de sus miembros

reuniones sin emitir ninguna opinión, y al final sumarse a lo que diga la entidad originaria del litigio.

Lo expuesto conlleva a que, en la etapa de trato directo, de ninguna manera se resuelva la controversia, en razón que los Comisionados preferirán seguir, para evitarse problemas, lo señalado por la entidad originaria del litigio, cuya posición ya fue conocida por el inversionista con anterioridad y que es la razón que hayan llegado a dicha etapa. Incluso para resaltar el problema, de acuerdo a lo recopilado en las entrevistas, algunas veces el Comisionado de la entidad de origen será la misma persona con quien el inversionista no pudo superar la controversia al principio.

En consecuencia, podemos afirmar que la regla establecida respecto a que el comisionado que se opone a la posición de la entidad de origen del litigio lo hace bajo responsabilidad, conforme señaló en su entrevista la Dra. Licy Benzaquen Gonzalo, desnaturaliza la finalidad de que exista una Comisión Especial conformada por diversos sectores, hecho que acaba causando en el fondo que la etapa de trato directo dependa de una sola institución, o peor aún de una sola persona, y que no alcance su finalidad: a nuestro criterio constituir una etapa de autoevaluación de las decisiones tomadas por el gobierno, en aras de visualizar posibilidades de solución a la controversia.

4.3 Falta de una política que regule el tratamiento de los inversionistas.

Según Valdez (2018), de acuerdo a la literatura, el crecimiento económico de un país está determinado por el factor humano, factor capital y factor tecnológico. La IED atrae estos dos últimos factores, hecho que permite expandir la capacidad de producción del país receptor de la inversión y que se refleja en un aumento del indicador PBI; sin embargo, ello no garantiza una mejora en la calidad de vida de los ciudadanos.

El impacto de la IED sobre la economía receptora no es indiferente respecto del tipo de IED que se atraiga. Por ejemplo, no es lo mismo el establecimiento de inversiones en sectores de alto valor agregado que demanden mano de obra de alta calificación, que en sectores extractivos con bajos nivel de encadenamiento local, conforme lo señala García *et al.* (2021).

Lo expuesto nos lleva a la conclusión que como país se requiere establecer una Política de Atracción de Inversiones, que en principio nos indique que tipo de IED es la que queremos atraer, considerando el beneficio social de la población (desarrollo económico) más allá del mero crecimiento económico.

Un ejemplo destacable en atracción de inversiones ha sido nuestro país vecino del sur, la

República de Chile. En el año 2015, el citado país, promulgó la Ley 20848, la cual dispuso en su artículo 10 que se establezca una estrategia de fomento, que en palabras de la entonces presidente Bachelet, tendría como aspiración: «cuando hablemos de atraer inversionistas, esas inversiones se relacionen con lo que son las prioridades nacionales. Ese es el principal giro de esta estrategia». (San Juan, P. 2016).

Como consecuencia de lo expuesto, en mayo de 2016, mediante Decreto 56⁵⁶ publicado el 30 de setiembre de 2017, se aprobó la “Estrategia de Fomento y Promoción de la Inversión Extranjera Chilena”. El documento contiene las directrices fundamentales para guiar el accionar proactivo de InvestChile, acompañado de la participación de los *stakeholders* internos (otras entidades o poderes de Gobierno, por ejemplo), en aras de fomentar la llegada, retención y expansión de la Inversión Extranjera Directa (IED) en 5 sectores prioritarios: proveedores y servicios para una minería virtuosa; industria alimentaria sofisticada; turismo sustentable; infraestructura energética y logística para el desarrollo; y servicios tecnológicos exportables, de acuerdo a SECOM (2016), que benefician a la mayor cantidad de chilenos.

Los resultados de tener un norte claro son más que evidentes; de un lado, de acuerdo a Amador(2021), según el Índice de Oportunidades Globales de Milken Institute 2021, que mide el atractivo de los países para atraer inversión, este año Chile obtuvo la clasificación más alta de la región debido a su sólido desempeño en todas las categorías medidas, particularmente en lo referido a sus instituciones y la relación con los inversionistas, es decir, ganó la carrera por atraer inversión extranjera en América Latina; y del otro, de acuerdo a lo recopilado en las entrevistas, actualmente Chile es uno de los país de la región con menos demandas por controversias de inversión.

Volviendo a nuestro país, si bien existen una serie de normas que regulan el tratamiento de la IED, estableciendo una serie de reglas generales beneficiosas para el inversionista, tales como el Decreto Legislativo N° 662, Régimen de Estabilidad Jurídica a las Inversiones Extranjeras mediante el Reconocimiento de Ciertas Garantías, el Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, y la propia Constitución Política del Perú de 1993; el conjunto normativo no es propiamente una Política Pública , en tanto no queda claro

⁵⁶Se puede acceder a la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile a través del siguiente enlace: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1108439>.

el objetivo que se pretende alcanzar a través de la IED, ni se ha establecido la secuencia de medidas a aplicarse, la estimación de costos, los beneficios sociales, la oportunidad política y los indicadores de medición de resultados, en correspondencia con lo señalado por las Naciones Unidas CEPAL. División de Desarrollo Social (2004).

El no contar como país con una política que regule el tratamiento de la inversión extranjera conlleva que no tengamos un norte claro y coordinado institucionalmente, respecto a cuál es el trato que se le debe dar a los inversionistas en los diferentes estadios de su relación con el Estado, sobre todo cuando nos encontramos ante asuntos no regulados normativamente.

Como correlato de lo expuesto, una vez surgida una controversia entre el inversionista y el Estado, no existe un criterio político preestablecido del manejo que se le debe dar a la situación. Si bien la Ley del Sicreci regula la atención de la controversia, al menos a nivel procedimental, tampoco brinda una orientación política, quedando las decisiones a criterio del funcionario público de turno.

Al respecto, debemos señalar que nivel normativo el aparato institucional del Estado está al servicio de la sociedad civil, empero en la realidad se constata que éste no siempre actúa de manera subordinada al interés público.

En este punto resulta conveniente traer a colación la Teoría de la *Públic Choice*, la cual como veremos en el próximo capítulo, expone que las decisiones de las instituciones públicas son tomadas por individuos que aun ejerciendo la función pública asignada (servidores y funcionarios públicos), continúan siendo naturalmente agentes con intereses propios, e incluso distintos a los que tiene el Estado (interés público).

Así, por ejemplo, en el marco del Sicreci, mientras a los funcionarios públicos podría resultarles más óptimo que sea un Tribunal Arbitral quién resuelva la controversia, a efectos de no tener que asumir ninguna responsabilidad por la decisión que propongan, al Estado podría serle más conveniente solucionar la disputa en la etapa de trato directo.

En virtud de lo expuesto, partir de la premisa absoluta que el funcionario público siempre actúa en beneficio de la sociedad, de acuerdo a lo señalado por la doctora Mendíaz (2007), constituye un mero discurso para recubrir de legitimidad la actuación de la burocracia, a sabiendas que las decisiones que adopte el Estado, no pueden ser desinteresadas, pues cualquier decisión del poder público, termina beneficiando a algunos y perjudicando a otros.

En consecuencia, podemos afirmar que la carencia de una Política Pública en materia de tratamiento de la inversión extranjera resulta ser una amenaza para el Sicreci, pues ante la falta

de orientación política por parte del Estado como persona independiente que representa los intereses de la Nación, todo el sistema y sus etapas, especialmente la etapa de trato directo, resultan ser vulnerables a la subjetividad del funcionario público de turno.

4.4 El temor existente por parte de los servidores públicos a la Contraloría General de la República

Si bien la Ley de Sicreci y su Reglamento otorgan plenas facultades a la Comisión Especial a efectos que determinen si es factible solucionar la controversia en la etapa de trato directo, lo cierto es que existe un temor generalizado en todos los servidores públicos del Estado a consensuar soluciones con el sector privado, en nuestro caso inversionista, por temor a que la Contraloría General de la República pueda imputarles alguna responsabilidad.

Al respecto, es pertinente señalar que la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y Amplía las Facultades en el Proceso para Sancionar en Materia de Responsabilidad Administrativa Funcional, señala que en los casos en los que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinar la toma de decisión, **los órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta.** Tales decisiones solo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o cuando, en los casos que la normativa permita varias interpretaciones, la decisión se aparte de la interpretación adoptada por el órgano rector competente en la materia.

Es decir, la Ley N° 29622 sí protege la discrecionalidad de la Comisión Especial; sin embargo, en razón de la “cultura jurídica” que existe en nuestro país, los servidores y funcionarios públicos evitan hacer uso de su discrecionalidad por temor a ser denunciados por la Contraloría, ello aunado al hecho que la Ley del Sicreci ya establece que el miembro de la Comisión Especial que se aparta de la señalado por la entidad originaria del litigio, lo hace bajo responsabilidad.

Como correlato de lo expuesto, al no tener ninguna regulación la etapa de trato directo, ni estar establecidos los criterios y estándares objetivos a usarse en esta etapa, los miembros de la Comisión Especial se orientan a que sea un tribunal arbitral quién decida el derecho, aun cuando no en todos los casos esto sea lo más beneficioso.

En tal sentido, a fin de coadyuvar a que los servidores y funcionarios públicos vinculados al Sicreci logren superar el temor a las denuncias y procedimientos sancionadores, consideramos necesario que de un lado, se desarrollen criterios y estándares objetivos para la etapa de trato directo, a fin que sirvan de respaldo para la actuación del Comisionado; y del otro, que se incluya

en la Ley del Sicreci como principio básico de ineludible cumplimiento el “Principio de Gestión por Resultados”, a efectos que el mismo deba ser privilegiado aún por la Contraloría General de la República, en aras de garantizar los intereses del Estado de forma integral.

4.5 La mayoría de entidades no cuentan con servidores capacitados en controversias de inversión.

De acuerdo a lo recogido en las entrevistas, la mayoría de instituciones públicas no cuentan con personal especializado en materia de controversias de inversión.

La falta de conocimiento en la materia constituye una amenaza real, en tanto que el desconocimiento del Sicreci puede llevar a no medir el impacto ni las consecuencias de las decisiones que se tomen al interior de la entidad.

Asimismo, la falta de conocimiento del sistema, conlleva que las entidades no cumplan con las obligaciones legales impuestas por este. Así, por ejemplo, el artículo 6 del Reglamento de la Ley del Sicreci, señala que «[...] toda entidad pública que [...] tome conocimiento por cualquier otro medio o acto respecto de la intención de un inversionista de someter una controversia de inversión a un mecanismo internacional de solución de controversias [...] deberá informar al Coordinador conforme a los procedimientos que éste establezca en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contados desde que tomó conocimiento».

Ahora bien, son pocos los servidores públicos que conocen de esta disposición, donde pese a no tener un documento formal, se mantiene la obligación de comunicar un posible inicio de controversia; o de otro lado, que conociéndola la cumplen, quizás por temor de asumir alguna responsabilidad.

Por otro lado, el desconocimiento de los servidores públicos también ha resultado en que de manera patológica se active el Sicreci para cualquier tipo de contratos, pese a que la materia pueda ser resuelta fácilmente recurriendo a un arbitraje local.

La exposición del Estado Peruano a una serie de demandas, aun cuando sea por temas contractuales, genera una afectación en su imagen para lograr la atracción de inversión extranjera directa, que si bien no se ha costado es real.

Al hilo de lo expuesto, podemos afirmar que la falta de servidores públicos capacitados en materia del Sicreci en las entidades que suscriben contratos puede generar un daño económico al país significativo.

4.6 Falta de comunicación entre los GORES y la Comisión Especial

De acuerdo al artículo 34⁵⁷ de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley 27867, los Gobiernos Regionales son competentes para promover la inversión nacional y extranjera, a través del otorgamiento de concesiones y celebración de cualquier otra modalidad contractual, siempre que contribuyan al desarrollo sostenible local y regional.

Ahora bien, siendo que existen en el extenso territorio de la República del Perú veinticuatro (24) gobiernos regionales, donde hay escasez del recurso humano especializado en materia de controversias de inversión, y que la Comisión Especial domicilia únicamente en la ciudad de Lima, resulta necesario crear redes institucionales de comunicación que ayuden a generar conocimiento (*networking*), a fin que el personal de los gobiernos regionales encargado de estos temas pueda tomar contacto de manera rápida y sencilla con sus pares que hayan enfrentado problemas similares o con el funcionario o servidor público de la Comisión Especial encargado de su atención, en aras de poder aclarar las dudas que tenga sobre decisiones que puedan ser el germen de un conflicto.

El establecimiento de un mecanismo de comunicación ágil no solo serviría para que el servidor público del Gobierno Regional realice consultas, sino que permitiría que la Comisión Especial conozca el problema desde el primer momento con la entidad originaria del litigio, y que por ende pueda brindar el soporte que se requiera, a fin de prevenir el escalamiento de la controversia.

⁵⁷ Artículo 34.- Promoción de la inversión privada en proyectos y servicios

Los gobiernos regionales crearán mecanismos para promover la inversión privada nacional y extranjera dirigidos a lograr el crecimiento económico regional conforme a ley. En el marco de sus competencias, otorgan concesiones y celebran cualquier otra modalidad contractual, siempre que se contribuya al desarrollo sostenible local y regional, se asegure una mayor eficiencia social y se garantice el cumplimiento de las normas legales establecidas.

Las concesiones y otras modalidades contractuales se sujetan a las condiciones estipuladas en los respectivos contratos celebrados y suscritos conforme a Ley.

Para cumplir con las funciones establecidas en los párrafos precedentes los Gobiernos Regionales están facultados para solicitar asesoría técnica y financiera especializada.

La regulación de los mercados de servicios públicos corresponde al Gobierno Nacional a través de los organismos reguladores, en concordancia con la Constitución, en cuanto a la capacidad de los gobiernos regionales para regular los servicios de su responsabilidad.

4.7 Las entidades originarias del conflicto no tienen obligación de informar en el marco del Sicreci las medidas adoptadas para evitar que hechos ocurridos originen futuros arbitrajes.

Si bien de acuerdo a lo señalado en la normativa, la Comisión tiene la competencia para determinar responsabilidad de la Entidad Pública involucrada en la controversia, lo cierto es que dicha disposición no cuenta con mayor desarrollo normativo hecho que en parte justifica que hasta la fecha no se haya aplicado.

Como correlato de lo expuesto, se genera que, pese a que la entidad pueda ser responsable del arbitraje internacional por una mala decisión tomada, y el laudo resulte desfavorable para el Estado Peruano, no existe una obligación por parte de la entidad de origen del conflicto de tomar medidas que permitan prevenir una nueva demanda arbitral.

Así, por ejemplo, en el caso N° ARB/07/6, cuyo demandante era el señor Tza Yap Shum c. versus la República del Perú, el Tribunal Arbitral del CIADI declaró que, si existió una medida equivalente a la expropiación por parte del Estado Peruano, en razón que SUNAT dispuso embargos en forma de retención contra la empresa TSG de manera arbitraria.

Ahora bien, al no estar integrado como parte del procedimiento del Sicreci que las entidades originarias del conflicto tomen las medidas que permitan prevenir situaciones que originen arbitrajes como el descrito, se desconoce si estas toman acciones sobre la base de lo aprendido, considerando que este aprendizaje tiene un alto costo económico y no es aceptable que se repita la misma situación en el futuro.

Es comprensible que las entidades al estar integradas por personas sean susceptibles a tomar malas decisiones, pero el punto aquí es corregir el error y difundirlo, en aras que no vuelva a suceder en ninguna otra institución pública la misma situación.

Con fines de aprendizaje sobre la importancia de verificar que las entidades originarias del litigio tomen acciones para que casos similares no se repitan, procedemos a citar los casos CIADI N° ARB (AF)/97/01 y ARB (AF)/00/2 de los Estados Unidos Mexicanos.

En el primer caso CIADI, METALCLAD CORP. contaba con una autorización para confinamiento de desechos peligrosos; sin embargo, el Gobernador del Estado de Potosí declaró reserva ecológica la zona autorizada para el confinamiento. Ante los hechos suscitados, el Tribunal Arbitral del CIADI señaló que se había configurado una expropiación indirecta de la inversión, por lo que el Gobierno Mexicano tuvo que pagar 16 millones de dólares. Años más tarde, la empresa Técnicas Ambientales, TECME S.A. demandó al Gobierno Mexicano en razón,

que si bien en 1996 y 1997 el Instituto Nacional de Ecología (INE) otorgó autorizaciones para confinamiento de residuos tóxicos en la ciudad de Hermosillo del Estado de Sonora, en 1998 denegó la renovación de la autorización y ordenó el cierre definitivo del confinamiento, acciones que produjeron que nuevamente el Gobierno Mexicano pague 7.5 millones de dólares.

En virtud de lo expuesto, consideramos una debilidad del sistema que el procedimiento del Sicreci no contemple una etapa post arbitraje donde se verifique que la entidad de origen del conflicto ha realizado las acciones pertinentes para garantizar que la situación no se vuelva a repetir, y que no se informe del caso al resto de entidades públicas del país, a efectos que ellas tampoco repitan el accionar que originó el conflicto.

Capítulo VI. Teoría del Public Choice y su vinculación con la Etapa de Trato Directo.

1. Introducción a la Public Choice:

Tradicionalmente se ha separado la economía y la política con una línea divisoria marcada; así se ha asumido que la ciencia política ha estudiado el comportamiento del hombre en la palestra pública; y la economía estudia el comportamiento del hombre en el mercado; pero la pregunta es ¿interfieren las actuaciones políticas en el ámbito económico?

En respuesta a la pregunta, Buchanan (1990) señala lo siguiente: «No hay fronteras que puedan trazarse entre la economía y la política, o entre mercado y gobierno; y tampoco entre el sector privado y el sector público. Los economistas pueden contemplar la política, y el proceso político, en términos del paradigma del intercambio».

Así, surgió el Public Choice, definida ingeniosamente por el citado autor, como la política sin la novela romántica. El pensamiento ilusorio presume que los servidores públicos aspiran a promover el bien común, olvidándose de sus intereses particulares; empero, esta escuela parte de asumir premisas reales, tales como que el servidor público es un agente económico que privilegia sus propios intereses.

Según Bacaria (2015), la Public Choice tuvo como precursor a Knut Wicksell (1896: *Estudios en la teoría de las finanzas públicas*), quien concibió la aplicación de la economía en los procesos políticos. Wicksell se merece el calificativo del precursor más importante de la teoría moderna de la Elección Pública porque ya en su tesis de 1896 encontramos los tres elementos constitutivos que aportan los fundamentos a esta teoría: **individualismo metodológico, homo economicus y la política como intercambio.**

Buchanan como uno de los principales ponentes de la teoría del Público Choice, sustenta que el gobierno no existe de forma independiente a los individuos, sino que su legitimidad se basa en el acuerdo que realizan los particulares. Ahora bien, al estar el gobierno constituido por personas, se produce una divergencia en los objetivos que se persiguen; siendo el objetivo de los burócratas su permanencia en el poder política a corto plazo; y el objetivo del Estado el beneficio social que usualmente se verifica en el largo plazo.

En relación a la presente tesis, resulta necesario preguntarnos si los funcionarios que tratan con los inversionistas tienen incentivos para solucionar las controversias en la etapa de trato directo en el marco del Sistema de Defensa del Estado, Sicreci, o si por el contrario les resulta más conveniente llegar a un arbitraje a efectos que sea un tercero quién decida la resolución de la controversia.

2. Elementos de la *Públic Choice*

La *Públic Choice* contiene 3 elementos básicos a analizar: individualismo metodológico, homo económicos y la política como intercambio, los cuales procederemos a analizar.

2.1 Individualismo Metodológico

El individualismo metodológico es una construcción intelectual utilizada en principio en la economía y posteriormente en diversas ciencias sociales, como la antropología, sociología y política, que argumenta que el funcionamiento de la sociedad en determinados ámbitos se debe al comportamiento individual.

Así, en el ámbito político coloca en el centro de las decisiones públicas al individuo maximizador de su utilidad; oponiéndose a la visión organicista de la toma de decisiones.

En tal sentido, Elster (1992: 28-9) escribió sobre el individualismo metodológico: «Para el individualismo metodológico todas las instituciones, pautas de comportamiento y procesos sociales pueden ser explicados, en principio, en términos de individuos únicamente: de sus acciones, propiedades y relaciones. Es una forma de reduccionismo, lo que significa que nos obliga a explicar fenómenos complejos en términos de sus componentes más simples. El reduccionismo es una estrategia central de la ciencia ... La 'búsqueda de microfundamentos ha rendido ya resultados importantes».

Resumiendo lo anterior, Bacaria (2015), señaló: «No son los organismos o las instituciones las que toman decisiones, sino que estas son el resultado de la acción individual».

Considerando lo expuesto, es pertinente preguntarnos ¿Cómo se plasma el individualismo metodológico en el ámbito de la etapa de trato directo del Sicreci?

En respuesta señalamos que si bien la Ley del Sicreci y su Reglamento dispone la realización de la etapa de trato directo ante una controversia de inversión, y además todos los acuerdos internacionales suscritos por el Perú ratifican ello, los servidores y funcionarios públicos al no tener claridad sobre cuál es la meta que se pretende alcanzar en dicho periodo, aunado al temor personal de resultar denunciados o inmersos en un procedimiento disciplinario, colaboran para que este “*cooling of period*” se constituya en una etapa meramente formal y no genere ningún beneficio al país.

2.2 *Homo economicus*

La economía clásica habla del *homo economicus* 'hombre económico', un concepto propuesto por Adam Smith en su obra 'La riqueza de las naciones' (1776). Según Adam Smith, los seres

humanos tomamos nuestras decisiones de forma racional, de acuerdo a la información de la que disponemos, y con el objetivo de maximizar nuestra satisfacción o utilidad con el mínimo esfuerzo.

Ahora bien, la visión del *homo economicus* ha evolucionado y varía mucho de una corriente de pensamiento a otra. Hay visiones muy simplistas, que tomando como punto de partida la racionalidad perfecta, la conducta maximizadora y el carácter egoísta del ser humano, señalan que el *homo economicus* asigna valores a las alternativas mediante la consideración egoísta de las satisfacciones y utilidades que pueda obtener.

Por otro lado, una visión más sofisticada del *homo economicus*, explica que los individuos siempre sopesan dos consideraciones en cualquier acción y escenario en el que se encuentren. El primer tipo de consideraciones a tomar en cuenta es instrumental y depende de los beneficios que reciba la persona al obtener un resultado sobre otro; mientras que el segundo tipo tiene que ver con un área intrínseca, ligada en forma indisoluble a un componente natural per se, tal como el valor de los comportamientos altruistas; sin embargo, por lo menos en nuestro país, el Perú, estos últimos han sido la excepción.

En relación a nuestra tesis, podemos afirmar que los servidores y funcionarios públicos de la Comisión Especial constituyen el *homo economicus* del Sicreci, en el sentido que por resguardarse de denuncias personales no han efectuado los esfuerzos para desarrollar la etapa de trato directo, siendo una muestra que pese a haber transcurrido más de quince años desde la creación del sistema hasta la fecha esta etapa no está regulada, no se tiene claridad sobre su finalidad, y es un gran misterio para los inversionistas como transcurre. En general ha sido más simple no impulsar el trato directo, sino dejarse llevar por inercia hacia el arbitraje a efectos que un tercero decida, hecho que ha ocasionado que seamos los campeones de las demandas arbitrales durante el año 2020.

2.3 Intercambio Político

Conforme señala el profesor Toboso (1996), para la *Public Choice*, la política o el gobierno se conciben, como un complejo conjunto de interacciones individuales bajo determinadas instituciones. Interacciones que resultan básicamente del intento por parte de los individuos de conseguir colectivamente aquellos objetivos propios comúnmente deseados.

Teóricamente el gobierno debería atender aquellas necesidades que no puedan ser atendidas por el sector privado; ahora bien, para lograr ello en principio se debe encauzar la motivación en interés propio que tienen los gobernantes hacia la toma de decisiones en beneficio de otros,

siendo justamente esos otros “la sociedad”.

Lo expuesto en razón que los ciudadanos ceden una cuota de su libertad a efectos que el Gobierno pueda tomar las mejores decisiones para estos; por ejemplo, se admite la competencia exclusiva del Estado respecto al manejo y administración de los recursos recaudados en calidad de tributos, bajo el argumento que el Gobierno brindará una serie de servicios públicos a los ciudadanos.

Pese a lo señalado, a partir del individualismo metodológico, es factible afirmar que el comportamiento de los burócratas y políticos es maximizador de la utilidad de su cargo, buscando principalmente sus propios intereses, entre estos fomentar las condiciones adecuadas para ser reelegidos o permanecer en el puesto, en contraste con el bienestar social.

Así, los ciudadanos aportan el sustento económico para el sostenimiento del aparato estatal del Sicreci, en razón de los beneficios que podrían alcanzarse como país a partir de la atracción de la inversión extranjera.

Como correlato de lo expuesto, la Comisión Especial debería intentar utilizar todas las herramientas posibles, entre estas la etapa de trato directo del Sicreci, para atraer inversión extranjera al país, considerando de un lado, que esta etapa permite realizar una evaluación integral de todos los intereses del Estado Peruano, y del otro, que como país SI tenemos necesidad e interés de atraer inversión extranjera.

En consecuencia, consideramos más que necesario volver a mirar la etapa de trato de directo, en aras de impulsar los cambios necesarios en el Sicreci, a partir del análisis del costo real de oportunidad que se está perdiendo, y de las consecuencias que se producirían para el país en el corto de plazo de no prestarse atención a esta etapa olvidada.

Capítulo VII. Reencontrándonos con la etapa de trato directo

Heráclito, filósofo griego de la antigua Grecia, acuñó una frase que hasta nuestros días tiene mucho sentido: «Todo fluye, todo cambia, nada permanece». Así, considerando que desde la promulgación de la Ley del Sicreci hasta la fecha han transcurrido quince años, resulta válido preguntarnos ¿Qué le pasó a la etapa de trato directo del Sicreci en estos años? ¿Logró alcanzar su finalidad?

Al respecto, a fin de absolver las preguntas planteadas, consideramos necesario de manera previa revisar los orígenes de la etapa de trato directo, a efectos de conocer que propósito tenía esta etapa cuando fue creada.

A partir de ello, analizaremos la última década de vigencia de la Ley del Sicreci, es decir del periodo 2010 al 2020, en aras de realizar un diagnóstico del estado actual de la etapa de trato directo que nos permita corroborar la hipótesis del presente trabajo, a saber, que si bien esta etapa fue creada en la Ley del Sicreci con la finalidad de servir de filtro de las demandas arbitrales; al no contar con ninguna regulación, ni tener un objetivo ni norte claro, en los últimos años se ha desvirtuado su finalidad, convirtiéndose en un periodo que alienta las demandas.

Para materializar el potencial perjuicio de no merituar la etapa de trato directo, en el presente capítulo mostraremos como se ha incrementado el número de arbitraje interpuestos contra del Estado Peruano, y el monto promedio de las pretensiones de las demandas de arbitraje de inversión que actualmente se están litigando, así como el costo de oportunidad que significa ese dinero para el país. Finalmente concluiremos esbozando un nuevo rostro para esta etapa.

1. Acercamiento a la etapa de trato directo.

La etapa de trato directo o también conocida en inglés como *cooling-off period* o *waiting period*, forma parte de las cláusulas de resolución de controversias de los Acuerdos Internacionales de Inversión. Así, ya el primer Tratado Bilateral de Inversión, de fecha 06 de julio de 1961, suscrito entre Alemania y Pakistán, establecía que, en el caso de disputas por la interpretación o aplicación del tratado suscrito, las partes debían realizar las consultas respectivas con el propósito de encontrar una solución amigable⁵⁸”.

⁵⁸ El Tratado Bilateral de Inversión suscrito entre Alemania y Pakistán en 1961 textualmente señalaba: «*In the event of disputes as to the interpretation of application of the present. Treaty, the Parties shall enter into consultation for the purpose of finding a solution in a spirit of friendship*».

En relación a como el Perú plasmó la etapa de trato directo en sus diversos acuerdos internacionales, hemos procedido a compilar 24 de los 50 Tratados de Libre Comercio (TLC) y Tratados Bilaterales de Inversión (BIT) vigentes a la fecha, información que se encuentra en el anexo 2 del presente trabajo.

Respecto a la Ley del Sicreci, esta estableció en su artículo 13 la etapa de trato directo, disponiendo su desarrollo como requisito indispensable para someter la controversia a un arbitraje internacional; sin embargo, nunca señaló cual era la finalidad u orientación de esta etapa, ni reguló como debía desarrollarse.

En tal sentido, para conocer el objetivo de la etapa de trato directo, entrevistamos a su creador, es decir al jurista que redactó el proyecto de lo que hoy es la Ley del Sicreci, el doctor Carlos Ramírez Rodríguez, y éste nos afirmó categóricamente que la etapa de trato directo nunca fue concebida como un mero trámite previo para poder demandar en arbitraje, sino que por el contrario su implementación tenía al menos dos finalidades específicas:

- Constituirse en un periodo de procesamiento de información y autoevaluación: La etapa de trato directo busca permitir que la Comisión Especial tome conocimiento de la controversia, contacte a la entidad originaria del litigio (sea de cualquier nivel) a efectos de recibir sus descargos, y logre comprender la problemática presentada por el inversionista, a fin que en caso el Estado haya cometido un error pueda evaluar alternativas de solución para corregir su conducta antes que escale la controversia.
- Constituirse en un periodo de búsqueda de solución: La etapa de trato directo constituye un periodo para que tanto el Estado Peruano como el inversionista realicen un intento concienzudo de solucionar la controversia, considerando los intereses integrales que tienen cada una de las partes.

Luego de conocer la finalidad teleológica de creación de la etapa de trato directo es más que conveniente preguntarnos ¿se cumplió? ¿sirvió la etapa de trato directo para filtrar las demandas arbitrales que debían litigarse de aquellas que no? ¿o acabo constituyéndose en una mera formalidad para demandar al Estado Peruano? Peor aún ¿se convirtió en una etapa de promoción de demandas

Para responder a estas preguntas resulta ineludible revisar la casuística de las controversias presentadas por los inversionistas en los últimos años, en aras de poder mostrar datos objetivos que nos permitan determinar si la etapa de trato directo alcanzó su finalidad.

2. Fotografía de la etapa de trato directo regulada en la Ley de Sicreci

Con el fin de conocer el desarrollo de la etapa de trato directo, tomaremos una fotografía de la data de la última década de vigencia de la Ley del Sicreci, dividida básicamente en dos periodos, del 2011 al 2015 y del 2016 al 2020, a efectos de conocer el tratamiento dado a la etapa de trato directo en aquellos años.

Respecto al primer periodo, del 2011 al 2015, el doctor Carlos Valderrama (2015), Presidente de la Comisión Especial de aquellos años, señaló en su Informe de Gestión que «la disputa sí es pasible de ser eficientemente solucionada de manera directa entre las partes, es decir entre el inversionista y la entidad». Para corroborar su afirmación señala los datos que a continuación mostraremos extraídos del citado Informe, elaborado al final de su mandato (ver tabla 2).

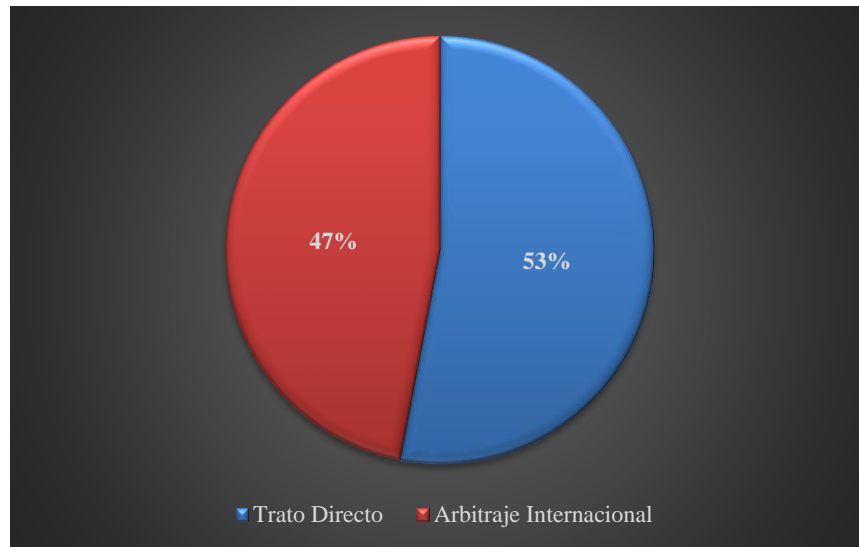
Tabla 2. Controversias presentadas a la Comisión Especial durante el periodo 2011 al 2015

Solucionadas en la etapa de trato directo	Iniciaron el arbitraje internacional
1) Sol Meliá.	1) Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. – Caso CIADI N° ARB 11/9
2) Lidercon	2) Isolux Corsán Concesiones S.A.- Caso CIADI N° ARB 12/5
3) IATE	3) República del Perú & Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. N° ARB 13/24
4) Transmantaro	4) Renée Rose Levy y Gremcitel - Caso CIADI N° ARB/11/17
5) Laurate	5) Anulación de Laudo Tza Yap Shum – Caso CIADI N° ARB/07/6
6) Minera Ancash	6) PlusPetrol Perú Corporation S.A y otros – Caso CIADI N° ARB/12/28
7) Interoil	7) Caso Renco – The Renco Group, Inc v República del Perú – Caso CIADI N° ARB/13/1
8) Telefónica	8) Bear Creek Mining Corporation – Caso CIADI N° ARB/14/21
9) Dessau,	9) Exeteco Internacional Company, S.L. (Reglamento de la CNUDMI).
10) Edegel	10) DP World – DP World Callao S.R.L y otros – Caso CIADI N° ARB/11/21
11) Habitat.	

Fuente: Elaboración propia 2021

De una simple lectura de los datos mostrados se puede determinar que del total de las controversias presentadas por los inversionistas a la Comisión Especial durante el periodo 2011 al 2015, el 53% fue solucionado en la etapa de trato directo, y solo el 47% escalo a la etapa del arbitraje internacional. (ver gráfico 1)

Gráfico 1. Disputas presentadas al Sicreci durante el periodo 2011-2015



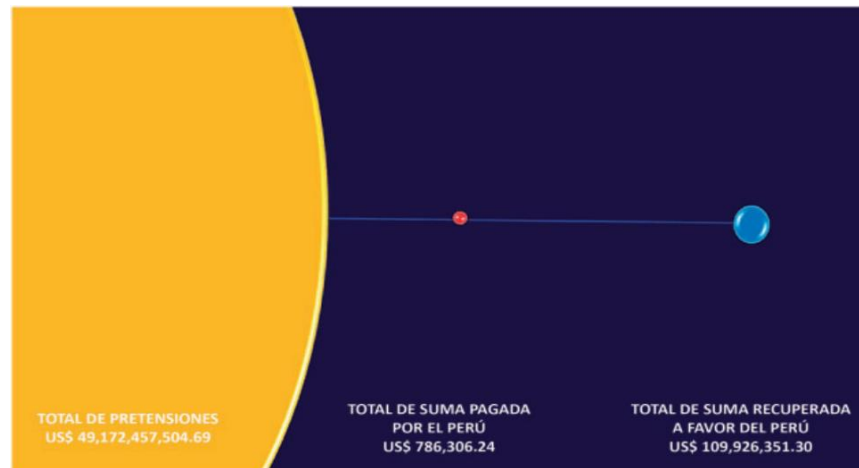
Fuente: Elaboración propia 2021

Ahora bien, respecto de las controversias que llegaron a litigarse en arbitraje internacional, el 80% de los casos se resolvió favorablemente para el Estado Peruano. En tal sentido, resulta valido preguntarnos si el éxito en los litigios arbitrales tuvo que ver con el hecho de saber discernir que controversias eran conveniente litigar, y que casos era mejor solucionar internamente en la etapa de trato directo.

Desde ya señalamos nuestra opinión, nosotros creemos que efectivamente, el éxito de los casos iniciados durante el periodo 2011-2015, estuvo vinculado a la elección y selección de las batallas que debía pelear el Estado Peruano. En este punto, resulta conveniente recordar a Sun-Tzu, un famoso estratega militar chino, autor de 'El Arte de la Guerra', quién decía que debemos seleccionar bien nuestras batallas, porque hay batallas que valen la pena realizar, por ejemplo, si se trata de defender los interés del Estado de un inversionista arbitrario; hay batallas que son inútiles, si tanto el Estado como el inversionista tienen responsabilidad del origen de la controversia; y hay batallas que es mejor no iniciar, si por ejemplo el Estado es el responsable de la situación que origina la controversia.

El éxito de la gestión de los años 2011 al 2015, se ve reflejado en razón que durante ese periodo «[...] el Perú ha sido condenado a pagar indemnizaciones por sólo el 0,002 % del total reclamado en su contra por inversionistas privados habiendo obtenido aproximadamente 140 veces el dinero pagado a inversionistas» (Valderrama 2018).

Gráfico 2. Diferencia entre la suma pagada por el Perú y la suma recuperada a favor de Perú durante el periodo 2011-2015



Fuente: Carlos José Valderrama, 2018.

En virtud de lo expuesto podemos afirmar que durante el periodo 2011-2015, la etapa de trato directo de la Ley del Sicreci, pese a no contar con regulación ni orientación política, logró alcanzar su finalidad, al servir de filtro para reducir el número de demandas arbitrales interpuestas contra el Estado Peruano, y que se hayan litigado solo aquellos casos que lo merecían, por lo que el resultado lógico ha sido favorable para el Perú.

Ahora bien, una vez reconocido el éxito de esta gestión, es necesario preguntarnos ¿Cuál fue la clave del mismo? Pues bien, parafraseando al doctor Valderrama, resulta de suma importancia ver al Estado como una persona independiente de los funcionarios públicos, dado que visualizarla así genera que se priorice sus intereses y necesidades, por encima de los de sus representantes (funcionarios), lo cuales por extensión beneficia a todos los ciudadanos.

Reconocer al Estado como un sujeto, conforme señala el derecho internacional público, tiene correlato en la teoría de la *Public Choice*, pues exalta que el Estado tiene sus propios intereses, y que los funcionarios públicos, aun con buenas intenciones, actúan como *homos economicus* que priorizarán su bienestar.

Si bien en este punto alguien podría argumentar que teóricamente los funcionarios públicos se encuentran al servicio de la Nación y que por ende siempre actúan considerando lo mejor para el Estado Peruano, la experiencia tristemente nos ha enseñado que esto no siempre es así, y que a veces al existir una divergencia entre los intereses propios y los del Estado, los primeros acaban eligiendo su beneficio, pese a la investidura que ostentan.

En tal sentido, existe una carencia de análisis del papel de la burocracia en el Estado moderno, como usurpadora de lo universal (interés público), e incluso se afirma que los burócratas se convierten en propietarios privados de los recursos públicos, en tanto disponen de estos según su propio criterio (Bourdieu, como se citó en Mendíaz, 2007).

De lo expuesto, resulta clara la necesidad de visualizar al Estado, conforme hizo el doctor Valderrama, como un sujeto independiente, con intereses propios y diferentes a los del funcionario público, a fin de defender estos por encima de la burocracia, criterio que generó como resultado años exitosos de litigios arbitrales, en beneficio de la economía de todos los peruanos.

Para concluir este periodo, conviene traer a colación la reflexión hecha por Sikkink (1993) quién decía que el Estado no es fuerte sólo porque posee capacidades sobre la sociedad civil, lo es si, además tiene capacidades burocráticas, administrativas, y si la estabilidad de sus cerebros administrativos no está sujeta a los vaivenes políticos.

Por otro lado, respecto al periodo 2016-2020, de acuerdo al Informe de Gestión⁵⁹ elaborado por Ampuero (2020), presidente de la Comisión Especial de ese entonces, tenemos los siguientes datos (ver tabla 3):

Tabla 3. Controversias presentadas a la Comisión Especial durante el periodo 2016 al 2020

Solucionadas en la etapa de trato directo	Iniciaron el arbitraje internacional
1) Caso Chinalco	1) Caso Gramercy – Gramercy Funds Management LLC y Gramercy Peru Holdings LLC c. República del Perú (Caso CIADI N° UNCT/18/2)
	2) Caso Metro – Metro de Lima Línea 2 S.A.C República del Perú (Caso CIADI N° ARB 17/3).
	3) Caso Aunor – Autopista del Norte S.A.C & República del Perú (Caso CIADI N° ARB/18/17).
	4) Caso Enagás – Enagás S.A. y Enagás Internacional S.L.U.C. & República del Perú (Caso CIADI N° ARB/18/26).
	5) Caso Chinchero – Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. & Corporación América S.A.C & (Caso CIADI N° ARB/18/27).
	6) Caso Chinchero – Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. & Corporación América S.A.C & (Caso CIADI N° ARB/18/27).
	7) The Renco Group, Inc. & República del Perú (Caso CPA N° 2019-46).
	8) The Renco Group, Inc & Doe Run Resources, Corp. & República del Perú & Activos Mineros (Caso CPA N° 2019-47).

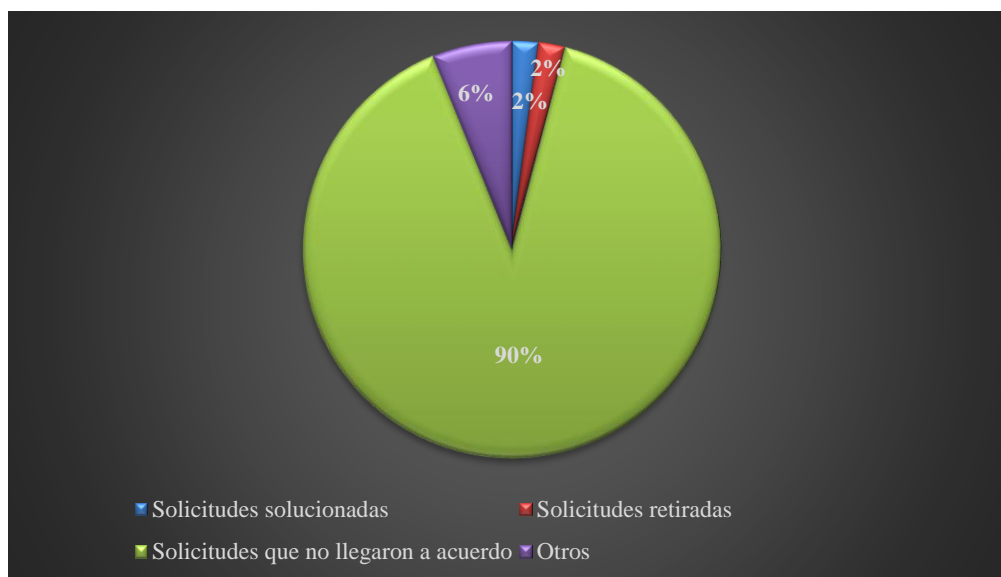
⁵⁹ Información obtenida mediante el Oficio N° 0867-2021-EF/45.02, de fecha 05 de mayo de 2021, remitido por la directora general de la Oficina General de Servicios al Usuario del Ministerio de Economía y Finanzas, a través del cual adjunta el Memorando N° 037-2021-EF/32, Informe N° 005-2020-EF/CE.32 e Informe N° 24-2021-EF/32, que remite la respuesta brindada por la Comisión Especial, creada mediante Ley N° 28933, Ley que Establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, de la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad.

9)	Caso IBT Energy – Hydrica 1 S.A.C. y otros c. República del Perú (Caso CIADI N° arb/18/48).
10)	Caso Pantel – Panamericana Televisión S.A., Ernest Victor Schutz Freundt, Lorena Schutz Freundt y Katherine Schutz Freundt & República del Perú (Caso CPA N° 2019-26).
11)	Caso IC Power & Kenon – IC Power Ltd. & Kenon Holdings Ltd.c. & República del Perú (Caso CIADI N° ARB/19/19).
12)	Caso Mamacocha – Latam Hydro LLC & CH Mamacocha S.R.L & República del Perú (Caso CIADI N° ARB/19/28).
13)	Caso Odebrecht – Odebrecht Latinvest S.A.R.L & República del Perú (Caso CIADI N° ARB/20/4).
14)	Caso Amorrortu – Bacilio Amorrortu & República del Perú.
15)	Caso Freeport – Freeport-McMoran Inc. & República del Perú (Caso CIADI N° ARB/20/8).
16)	Caso SMM Cerro Verde – SMM Cerro Verde Netherlands B.V. & República del Perú (Caso CIADI N° ARB/20/14).
17)	Caso Devianes – Desarrollo Vial de los Andes & República del Perú (Caso CIADI N° ARB/20/18).
18)	Caso Lupaka – Lupaka Gold Corp & República del Perú (Caso CIADI N° ARB/20/46).

Fuente: Elaboración propia 2021

Asimismo, a partir de la solicitud de acceso a la información por transparencia que presentamos, la Presidente de la Comisión Especial del Sicreci actual nos respondió con documento Memorando N° 037-2021-EF/32, que durante el periodo 2016 al 2020 se presentaron 49 solicitudes de inicio de disputas, de las cuales 44 no pudieron solucionarse en la etapa de trato directo, 1 solicitud fue solucionada en esta etapa, y 1 solicitud fue retirada, conforme mostramos en el gráfico 3:

Gráfico 3. Disputas presentadas al Sicreci durante el periodo 2016- 2020



Fuente: Elaboración propia 2021

A partir de las cifras expuestas en términos porcentuales se puede determinar que del total de las controversias presentadas por los inversionistas a la Comisión Especial durante el periodo 2016 al 2020, solo el 2% (1 de 49 casos) fue solucionado en la etapa de trato directo, siendo que, de este resultado hasta el momento el 43% (21 casos) ya escalo a la etapa del arbitraje internacional, estando a la expectativa de la decisión de los inversionistas sobre el porcentaje restante.

Nótese además que de seguir la tendencia vigente desde el año 2016, es decir, que no se resuelve la controversia en la etapa de trato directo, sino que la gran mayoría de los casos presentados por inversionistas acaban ventilándose en un arbitraje internacional, tendríamos además de los 21 casos de arbitraje que se vienen ventilando, 8 casos adicionales cuyo trato directo ya inició y actualmente se vienen desarrollando, a los que debemos sumarle los casos en los que la Comisión Especial aún está evaluando su competencia, y el porcentaje de los 23 casos que no pudieron resolverse en etapa de trato directo que iniciarán arbitraje pronto; es decir, nuestro peor escenario estaríamos litigando más de 40 arbitrajes en paralelo

Alguna persona optimista podría pensar que solo son 21 casos se vienen litigando, que los otros 23 casos quizás nunca se inicien, y que los 8 casos aún están en etapa de trato directo; sin embargo, pese a no contar con una bola de cristal, basta seguir la tendencia suscitada hasta la fecha para visualizar 3 resultados: i) de los 8 casos en etapa de trato directo, al menos 7 no se solucionarán en esta etapa por lo que es muy probable que se ventilen en un arbitraje internacional, ii) considerando que, de acuerdo a lo recopilado en las entrevistas, al menos el 50% de los inversionistas que no solucionan sus controversias en etapa de trato directo inician arbitraje de inversión, de los 30 casos (23 + 7) no solucionados en etapa de trato directo, al menos 15 iniciarán un arbitraje de inversión; y iii) de los casos 36 casos que se litiguen (21 casos actuales + 15 casos futuros) el Estado perderá un número de casos que represente un porcentaje muy superior al porcentaje de casos no ganados durante el periodo 2011-2015 (20%), toda vez que no se está sacando de la canasta los casos difíciles que podrían solucionarse en la etapa de trato directo.

En este punto es pertinente resaltar que de acuerdo a una presentación elaborada por la Comisión Especial del Sicreci a la que tuvimos acceso, de los 21 arbitrajes que se vienen litigando actualmente, la suma de las pretensiones de 17 de estos asciende ya a 18 Mil Millones de Soles aproximadamente.

Para tener una idea gráfica de cuanto representa este monto, revisamos que la Ley N° 31084, Ley del Presupuesto Público del año 2021, señaló que el Presupuesto Anual de Gastos para el presente año fiscal es de poco más de 180 Mil Millones de Soles, es decir, hablamos que las pretensiones de 17 de los arbitrajes que actualmente se vienen litigando representan el 10% del presupuesto de

la República, a lo que debemos sumarle las pretensiones de los otros 4 arbitrajes en litigio, y los costos fijos que se generan por caso, entre pago de abogados extranjeros, y el pago del Tribunal y Secretaría Arbitral.

Por ende, siendo tan grave las potenciales consecuencias de no lograr solucionar ninguna disputa en la etapa de trato directo, y las expectativas reales que el número de casos se incremente, nos preguntamos ¿Qué cambio en la gestión de la etapa de trato directo entre un periodo y otro periodo que nos ha traído estos resultados?

De nuestro análisis, considerando que entre ambos periodos no existieron cambios normativos ni institucionales, el cambio producido en el resultado del periodo 2011 al 2015 y el periodo 2016 al 2020, se suscitó básicamente a partir de la diferencia de visiones que tuvieron los respectivos Presidentes de la Comisión Especial.

Así, de la revisión de los Informes de Gestión de ambos periodos, existen aspectos a destacar. Por ejemplo, en el informe del periodo 2016-2020 se menciona a la etapa de trato directo, fuera de las funciones del coordinador del Sicreci o del presidente de la Comisión Especial dadas en la norma, en los siguientes textos:

«El Sicreci establece como criterios de observancia obligatoria [...] Establecer un periodo de negociación o trato directo no menor a seis (6) meses **como requisito indispensable para someter la controversia a arbitraje internacional**».

«d) Agenda pendiente al concluir el periodo de gestión

La Comisión Especial debe continuar coordinando la defensa legal del Estado en controversias internacionales de inversión, coadyuvando la labor de las firmas internacionales contratadas para tal fin.

[...]

De la misma forma, **deberá llevar adelante los procesos de Trato Directo que se encuentran pendientes a la fecha, mediante el proceso de negociación correspondiente con la finalidad de determinar si existe una alternativa técnicamente viable y legalmente viable de solución en la referida etapa**». (Ampuero 2020).

Asimismo, el literal b) del Informe de gestión señala la importancia de la prevención de disputas y del ahorro significativo de costos, precisando el literal c) del texto que «[...] diversos procesos de Trato Directo no avanzaron a la etapa de arbitraje gracias a una atención oportuna por parte de la Comisión Especial [...]»; sin embargo, del Memorando N° 037-2021-EF/32 expedido por el Ministerio de Economía y Finanzas se visualiza que en el periodo 2016 – 2020, de las más de 40

solicitudes de inicio de disputa presentadas ante la Comisión Especial del Sicreci, sólo un caso fue resuelto en etapa de Trato Directo y un caso fue retirado por el inversionista.

Por otro lado, de la lectura del informe de Gestión del periodo 2011 al 2015 se leen los siguientes extractos.

«[...] Atendiendo a que, en muchos casos, la disputa es pasible de ser eficientemente solucionada de manera directa entre las partes, es decir, entre el inversionista y la entidad pública pertinente, este despacho acostumbra promover el diálogo entre ambos, esto ha dado resultado más de una vez, no siendo necesario activar el sistema a través de la asunción de competencia por parte de la Comisión.

Si a pesar del esfuerzo de promover un diálogo directo, éste no es posible, entonces recién se activa el sistema [...] convocando a las entidades directamente relacionadas a la controversia, las cuales deben designar representante ante la Comisión Especial y presentar un informe detallado conteniendo la descripción de la controversia **y su posición respecto de la pretensión del inversionista.**

[...]

Una vez conformada la Comisión y debidamente informada con la posición de la entidad vinculada a la disputa, se inicia la etapa de Trato Directo, de conformidad con la Ley N° 28933 y los términos del trato o contrato relevante, procediendo a invitar al inversionista a exponer personalmente, solo o acompañado de sus abogados o a través de ellos, su posición frente a la disputa, el alcance de su pretensión y si lo considera viable, una propuesta de solución directa, con el fin de solucionar la disputa de la manera más eficiente y rápida posible.

Expuesto el caso y la pretensión por parte del inversionista, los comisionados proceden a preguntar sobre aquellos temas que aún tengan dudas, de una manera muy objetiva; procurando evitar refutar o contradecir al inversionista. Esto resulta fundamental, toda vez que la controversia de autos es una de carácter internacional y el Estado debe evitar que su dicho pueda ser alegado de manera tergiversada ante el tribunal arbitral o que este lo interprete equivocadamente.

Este sistema ordenado nos ha permitido prevenir varias controversias internacionales como las planteadas por: Sol Meliá, Lidercon, IATE, Transmantaro, Laureate, Minera Ancash, Interoil, Telefónica, Dessau, Edegel y Habitat». (Valderrama 2015)

Así, mientras un Presidente veía a la etapa de trato directo como un requisito indispensable para

someter la controversia a arbitraje internacional, y consideraba que en el proceso de negociación se determinaría una solución técnica y legal viable; el otro Presidente entendió que debía promoverse el dialogo entre las partes de la controversia, colocándose así como un tercero que brindaba soporte; y que sólo en caso de no llegarse a ningún acuerdo se debía activar el sistema del Sicreci, a fin de convocar a las entidades de la Comisión Especial y que estas manifiesten su posición sobre la pretensión del inversionista de forma previa a la reunión con el mismo. Con las ideas claras sobre lo más beneficioso para el país, recién se llevaba a cabo la reunión con el inversionista, en aras de escuchar sus alternativas de solución.

Al respecto, consideramos que el proceder descrito realizado en el periodo 2016 al 2020 está basado en una falla de la Ley del Sicreci, la cual hemos ya comentado, la cual estipula que el Comisionado que se aparta de la opinión de la entidad de origen del conflicto tiene responsabilidad. Así, resulta menos riesgoso para el funcionario público seguir la posición de la entidad, aunque esto acabe convirtiendo a la etapa de trato directo en una mera formalidad.

En este punto es conveniente recordar que de acuerdo a la Teoría de la *Public Choice* es artificioso pensar que los servidores o funcionarios públicos promoverán el interés del Estado, por encima de sus propios intereses, el cual, en este caso en particular, podría significar no correr el riesgo de ser denunciados por elaborar una propuesta de solución distinta a lo sugerido por la entidad de origen del conflicto.

Ante lo expuesto, considerando que el Estado Peruano aún tiene acuerdos con inversionistas y por ende es altamente probable que en un futuro cercano tenga nuevas disputas, conviene plantearnos si merece la pena revisar las falencias de la etapa de trato directo a fin de no repetir un escenario como el descrito en los párrafos precedentes, y que por el contrario la etapa de trato directo funcione, cobre personalidad, y juegue un rol protagónico para filtrar las demandas de arbitraje internacional, a efectos que se litiguen los casos que lo ameriten y no todos los que se presenten.

3. Identificación de las falencias de la etapa de trato directo

Considerando que la etapa de trato directo no ha producido ningún beneficio sustancial para el país en los últimos años, consideramos indispensable analizar las razones de dicha situación, a efectos de poder brindar propuestas de solución que permitan que dicha etapa “resucite”, en beneficio del Estado Peruano.

Respecto a las razones que han ocasionado que la etapa de trato directo se haya convertido en una

etapa de mera formalidad, de acuerdo a lo recopilado en las entrevistas, planteamos básicamente tres argumentos, estando el primero vinculado a la falta de regulación y de una finalidad clara de la etapa de trato directo, el segundo a la falta de orientación política y el tercero a la falta de sofisticación de la etapa de trato directo, los cuales pasaremos a desarrollar:

4. Falta de regulación en el procedimiento y ausencia de finalidad de la etapa de trato directo:

La Ley del Sicreci y su Reglamento precisaron únicamente que en la etapa de trato directo i) la Comisión Especial podría recomendar una fórmula de 'transacción, conciliación y/o suscripción de un acuerdo de solución amistosa en una controversia dada'; y ii) sobre el tiempo de duración, que las cláusulas de solución de controversias en los acuerdos materia de inversión (tales como contratos de concesión o licencias de explotación de hidrocarburos, por ejemplo) debían establecer un periodo de negociación o trato directo no menor a seis⁶⁰ meses como requisito indispensable para someter la controversia a arbitraje internacional.

De la lectura, resulta más evidente que la redacción normativa es insuficiente para regular la etapa de trato directo, toda vez que no queda claro la finalidad de esta etapa ni cuáles son los hitos que deben transcurrir en el desarrollo de la misma, a efectos de no dejar al inversionista en una incertidumbre total hasta que sea citado.

Respecto a la finalidad de la etapa de trato directo, es pertinente preguntarnos ¿de entrada es solo una etapa para documentar el futuro arbitraje? ¿o es una etapa para tratar de alcanzar un acuerdo que satisfaga los intereses de ambas partes, en aras de facilitar la realización de nuevas inversiones?

El objetivo de la etapa de trato directo debería estar claramente establecido, a efectos que el funcionario que labora en dicha etapa sepa cuál es la finalidad que busca alcanzar en este periodo, más allá de cumplir con los aspectos formales dados por la normativa del Sicreci.

El no contar con un objetivo claro en la etapa de trato directo, genera que el mismo sea establecido de acuerdo al criterio del funcionario público de turno, quién entre un periodo y el otro podría tener visiones bastante disimiles.

Así, las consecuencias de la falta de norte para la etapa de trato directo saltan a la vista; mientras en el periodo 2011 al 2015 se resolvió el 53% de las disputas en la etapa de trato directo, en el

⁶⁰ Cabe precisar que el tiempo de esta etapa puede variar si el reclamo se ampara en un Tratado que contenga disposiciones en materia de inversión.

periodo 2016 al 2020 al menos el 90% de las disputas no lograron ser resueltas en esta etapa.

Cabe señalar que, si bien los vacíos de una ley pueden ser suplidos por la aplicación correcta que realice un funcionario público, como sucedió en el periodo 2011 al 2015, es claro que esto no siempre será así, considerando que los mismos sujetos siguen siendo *homos economicus*, que priorizarán sus intereses (no ser denunciados, por ejemplo) ante el interés público; por ello la importancia que el objetivo de la etapa de trato directo este plasmado en la misma norma legal.

Finalmente, respecto a los vacíos legales sobre el procedimiento a seguirse en la etapa de trato directo del Sicreci, durante la entrevista el Doctor Carlos Ramirez remarcó la facultad dada a la Comisión Especial a través del artículo 12 del Reglamento de la Ley del Sicreci, para presentar proyectos de normas legales, a fin de facilitar su labor y mejorar la capacidad de respuesta del Estado.

En tal sentido, proponemos que se regulen los siguientes hitos de la etapa de trato directo, a efectos que, de un lado, el inversionista tenga claridad sobre el avance de su controversia en esta etapa, y del otro, que los funcionarios públicos de la Comisión Especial tengan claro cuáles son los plazos de atención del presente procedimiento:

- **Informe Previo de Competencias:** Lo primero que deberá hacer la Comisión Especial siempre será determinar su propia competencia respecto del caso que le presentan. Se propone un plazo de diez días contados desde que se notifica la controversia.
- **Informe Técnico del Sector:** Considerando que la controversia se ha originado al no poderse poner de acuerdo una entidad y el inversionista, consideramos más que necesario, que el primero remita e informe los antecedentes, motivos de la controversia, su posición e interés. Se propone un plazo de diez días contados desde que lo solicita el Presidente de la Comisión Especial.
- **Propuesta de negociación o litigio del Presidente de la Comisión Especial:** Conforme señala el artículo 9 de la Ley del Sicreci, es una función del Presidente de la Comisión Especial proponer al órgano colegiado opciones para la negociación en trato directo, así como para la defensa, lo cual evidentemente implica que primero deberá entender cuál es el origen de la controversia. Para ello, consideramos importante que se elimine la responsabilidad por tener un criterio distinto al de la entidad de origen del litigio. Se propone un plazo de quince días contados desde que el sector remitió su informe técnico.
- **Propuesta de solución del inversionista previo a la reunión con la Comisión Especial:** A fin de hacer reuniones más eficientes, es conveniente que el inversionista remita su propuesta

de solución de manera previa a la reunión con la Comisión Especial. Asimismo, deberá enviar su Mejor Alternativa para un Acuerdo Negociado (BATNA), en aras de conocer el nivel de flexibilidad que tiene frente a la controversia. Se propone un plazo de quince días que deberán transcurrir una vez la Comisión Especial acepte su competencia.

- **Reunión de la Comisión Especial y elaboración de la posición del Colegiado:** Una vez se cuente con el informe de la entidad, el informe del Presidente de la Comisión Especial, y el informe del inversionista, corresponderá que los Comisionados evalúen el caso y se reúnan a fin que puedan determinar su BATNA, así como la Zona de Posibles Acuerdos (ZOPA), en aras de tender puentes para abrir la posibilidad que la controversia se resuelva en etapa de trato directo. Se propone un plazo de diez días.
- **Reunión del inversionista y la Comisión Especial:** En este punto se concretará el trabajo realizado en los numerales anteriores, y se escuchará directamente al inversionista, a efectos que exponga la controversia desde su perspectiva y se aclaren las dudas que puedan existir sobre su propuesta de solución y sus alternativas. Asimismo, se podrá exponer una primera contrapropuesta a efectos de medir la posibilidad de que el inversionista acepte o no esta. Se propone que la reunión con el inversionista se lleve a cabo en el plazo de diez días hábiles desde que se reúne la Comisión Especial.
- **Carta de respuesta de la Comisión Especial:** Mediante este acto se materializará la respuesta de la Comisión Especial respecto a si es factible solucionar la controversia en la etapa de trato directo. De ser este el caso, deberá adjuntarse un protocolo de negociación, que indique como se llevará a cabo los siguientes pasos y como culminará la etapa de trato directo. Caso contrario, la Comisión indicará que la postura era irreconciliable. Se propone que la comunicación se efectúe diez días hábiles después de que se reúne el inversionista y la Comisión Especial.

5. Falta de orientación política de la etapa de trato directo:

Considerando que la Ley del Sicreci no señala cual es el objetivo de la etapa de trato directo, resulta necesario revisar si contamos con alguna política marco que nos brinde algunas luces al respecto.

Ante la pregunta ¿Cuál es la política del Perú en materia de atracción de inversión extranjera?

recurrimos a revisar la página web del CEPLAN⁶¹, organismo rector en materia de políticas públicas en el país.

En respuesta obtuvimos que lamentablemente no se cuenta con ninguna política pública específica en materia de atracción de inversión extranjera. Es pertinente precisar que si bien el MEF cuenta con 3 políticas: i) Política Nacional de Competitividad y Productividad, aprobada por Decreto Supremo N° 345-2018-EF, ii) Política Nacional de Inclusión Financiera aprobada por Decreto Supremo N° 255-2019-EF y iii) Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada de Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobada por Resolución Ministerial N° 307-2019-EF/41, ninguna de estas está vinculada con la atracción de inversión extranjera.

Si bien existen una serie de normas que regulan el tratamiento de la IED, estableciendo una serie de reglas generales beneficiosas para el inversionista, tales como el Decreto Legislativo N° 662, Régimen de Estabilidad Jurídica a las Inversiones Extranjeras mediante el Reconocimiento de Ciertas Garantías, el Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, y la propia Constitución Política del Perú de 1993; el conjunto normativo no es propiamente una Política Pública, en tanto no queda claro el objetivo que se pretende alcanzar a través de la IED, ni se ha establecido la secuencia de medidas a aplicarse, la estimación de costos, los beneficios sociales, la oportunidad política y los indicadores de medición de resultados (Naciones Unidas CEPAL. División de Desarrollo Social 2004).

Así, al no contarse con una política marco se desconoce las metas que como país buscamos alcanzar, no habiéndose establecido hasta la fecha la relación entre los objetivos de desarrollo del Perú y la inversión directa extranjera que requerimos atraer, pese a que esta última debiera ser un instrumento para alcanzar el bienestar social.

Esta falta de determinación del tipo de inversión extranjera que deseamos atraer, implica que los inversionistas que vendrán al país serán aquellos que arbitrariamente lo decidan. Como correlato de lo expuesto, no se valora la labor del inversionista, ergo tampoco se tiene claro porque no debemos antagonizar con este, asumiendo algunos incluso que ganar un arbitraje es una ganancia para el país, cuando la mayor ganancia está en no ingresar en litigios que no lo ameriten.

En virtud de lo expuesto, podemos afirmar que si bien el Sicreci, específicamente la etapa de trato

⁶¹Se puede acceder a la información del CEPLAN a través del siguiente enlace: <https://www.ceplan.gob.pe/politicas-nacionales-y-sectoriales/>

directo, forma parte del catálogo de herramientas de una política de atracción de inversión extranjera, al no contarse con esta última, sumado a la falta de regulación, la etapa de trato directo ha quedado supeditada al buen criterio del funcionario público de turno, situación que no debería darse, considerando la gravedad de los efectos, y que los mismos se pagan con el erario público.

Para solucionar la situación descrita, necesitamos elaborar una Política de Atracción de Inversión Extranjera que parta de reconocer cuáles son nuestras necesidades como país y que determine qué tipo de atracción de inversión extranjera es la que queremos atraer para cubrir nuestras brechas. Asimismo, debe contener una hoja de ruta sobre las acciones a realizar que permitan atraer IED y el costo que implicarán las mismas. Finalmente, nuestra Política debe contener indicadores que permitan medir el éxito de la gestión. Con todo ese esfuerzo de por medio, la política del Sicreci, específicamente de la etapa de trato directo, tendría que estar enfocada en solucionar la controversia en casa, sin que escale a un arbitraje internacional.

6. Falta de sofisticación de la etapa de trato directo

Para empezar este acápite queremos señalar el significado de la palabra sofisticar. Así el diccionario Word Reference⁶² define en su primera acepción: 'Hacer refinado y elegante', y en su segunda acepción 'Dar o conferir complejidad'.

Entonces ¿A qué nos referimos cuando hablamos de falta de sofisticación en la etapa de trato directo?

Conforme nos señaló en la entrevista el Doctor Luis González García, básicamente a que la etapa de trato directo es llevada a cabo de manera rudimentaria, es decir, sin una estrategia de cómo abordar la controversia en cada caso; ello en razón a que al no existir claridad sobre cuál es el objetivo de esta etapa, tampoco se cuenta a nivel de la Comisión Especial, con un equipo enfocado en este periodo (los abogados que atienden son los mismos que posteriormente se encargarán de gestionar la controversia en un arbitraje internacional), y menos especializado en medios alternativos de resolución de conflictos.

En tal sentido, se considera que cualquier funcionario o servidor público de la Comisión Especial puede participar en las reuniones de trato directo, sin analizar su perfil, es decir si ¿está capacitado en medios alternativos de resolución de conflictos? ¿tiene el temperamento para poder llevar a

⁶²Se puede acceder a la información del Diccionario Word Reference a través del siguiente enlace: <https://www.wordreference.com/definicion/sofisticar>

cabo la etapa de trato directo? ¿cuál es el estilo de negociación del funcionario o servidor público a cargo?

Respecto al tema de fondo sería importante preguntarnos si en la etapa de trato directo ¿se hace un análisis costo – beneficio de solucionar la disputa en casa? ¿la Comisión Especial elabora de manera previa a la reunión con el inversionista su MAPAN (mejor alternativa posible para una negociación) o su ZOPA (Zona de posibles acuerdos)? ¿La Comisión Especial cuenta con criterios y estándares objetivos y/o con una fórmula metodológica que permita sustentar la conveniencia de solucionar la controversia en la etapa de trato directo?

Lamentablemente, de lo recopilado en las entrevistas sabemos que en la etapa de trato directo ni siquiera se evalúan las interrogantes planteadas, siendo que las actividades de esta etapa en la mayoría de casos no pasan de evaluar la competencia de la disputa, escuchar los reclamos del inversionista y alinearse a la posición que tenga la entidad de origen del conflicto, por el temor de una futura denuncia, hecho que constituye una invitación a demandar al inversionista en un arbitraje internacional.

Sabemos que negociar en el marco de la administración pública puede ser ciertamente más desafiante que si dicha negociación sucediese en el sector privado por las limitaciones normativas que pudiesen existir y el riesgo de denuncias por asumir una posición; sin embargo, eso no puede servir de justificación para que el funcionario público no haga el esfuerzo de intentar encontrar una solución amigable en la etapa de trato directo.

Finiquitamos este numeral indicando que si bien sofisticar la etapa de trato directo no eliminará en su totalidad los arbitrajes que se interpondrán en contra del Estado Peruano, si estamos seguros que ayudará a reducir los casos que deban litigarse en un arbitraje internacional.

7. Dándole un nuevo rostro a la etapa de trato directo

Los conflictos son naturales e inherentes en los seres humanos, y por ende a las personas jurídicas, considerando que estas están integradas por personas naturales.

En tal sentido, si bien por cuestiones de racionalidad económica, no está en la cultura de los inversionistas el litigio, resulta usual que existan puntos de conflicto en la relación con el Estado.

Así, sabiendo que no podemos desaparecer los conflictos de ningún escenario, consideramos que gran parte de la solución está en cómo se visualiza la controversia y que actitud adquiere el funcionario público para su gestión.

Al respecto, el doctor Franco (2020) expresa que no deberíamos ver a los conflictos como algo

malo, en tanto que gracias a ellos se crean oportunidades de dialogo y de soluciones creativas. Si bien señala en principio, que una parte intentará convencer a la otra, la buena fe debiera constituir una regla general de entendimiento, para actuar honesta y razonablemente, considerando que sin esta no podrían mantenerse relaciones de largo tiempo. La confianza entre las partes no es solo un ideal de comportamiento altruista, sino que, de un lado tiene una relación directa con los costos de transacción, y del otro, oculta oportunidades de creación de valor, es decir crea barreras para identificar y aprovechar los recursos disponibles.

En tal sentido, debemos tener claro que es esencial para el éxito de los proyectos mantener buenas relaciones entre las partes, por lo que evitar que la relación inversionista y Estado se vea afectada por la forma en que se manejan las disputas, que se sabe de antemano surgirán, mediante un sistema eficiente de solución de controversias, se convierte en un objetivo de primer orden (Treviño 2019).

Los medios alternativos de resolución de conflictos han evolucionado a tal punto que hoy en día han adquirido gran popularidad y fortaleza debido a las ventajas que presentan frente a los medios de litigio, al ser mecanismos flexibles, económicos y que resguardan las relaciones y los intereses integrales de las partes.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos buscan que más allá del caso en particular, ambas partes se beneficien en el corto plazo. En tal sentido, cualquier método de negociación se debe juzgar bajo la óptima de tres criterios: i) Debe producir un acuerdo sensato, si tal es posible. Se define como tal aquel acuerdo que satisface los legítimos intereses de cada parte al mayor nivel posible, resuelve con limpieza los intereses en conflicto, es duradero y tiene en cuenta los intereses de la comunidad; ii) Debe ser eficiente, y iii) Debe mejorar o al menos no perjudicar las relaciones entre las partes. (Puchol L. y Puchol I. 2014).

En este punto es pertinente recordar que el inversionista con el cual se tiene la controversia, no solo cumple el rol de contraparte del caso, sino que también es nuestro cliente como país, ¡Nosotros queremos que coloque su capital en el Perú!; por ende, si bien es razonable que tengamos puntos en discrepancia, el proceso de atención de su reclamo será lo que marque la pauta para futuras inversiones.

En el contexto descrito cobra especial relevancia la etapa de trato directo, al constituirse la misma en un periodo en que las partes intentan entre ellas solucionar la controversia de manera amigable. Así, no es lo mismo que el inversionista perciba una real preocupación y esfuerzo por parte del funcionario público para llegar a una solución amigable, que en cambio sienta que el funcionario lo abandona a su suerte, limitándose a cumplir lo mínimo exigido por Ley, a fin que sea un tercero

quien decida la controversia.

Evidentemente conforme hemos analizado en el capítulo IV, 'Radiografía del Sicreci' de la presente tesis, existen debilidades y amenazas al sistema, por lo que es necesario desarrollar condiciones que promuevan que el funcionario público intente al menos solucionar la controversia en la etapa de trato directo, tales como la eliminación de responsabilidad por tener una opinión distinta a la de la entidad de origen del conflicto, la regulación a nivel político y legal de la finalidad de la etapa de trato directo o de su procedimiento, la división de equipos al interior de la Comisión Especial a fin que tengan metas distintas (trato directo y arbitraje), y el establecimiento de parámetros objetivos o estándares que sirvan de respaldo al funcionario público que proponga solucionar la controversia en la etapa de trato directo, entre otras; a efectos que se distingan aquellos casos que merecen ser litigados en un arbitraje internacional de los que no.

Finalmente, queremos concluir indicando que la etapa de trato directo es una oportunidad que debe aprovecharse para solucionar las controversias en el país. Aquí no se trata de ser buena gente, sino de ser eficientes, litigando solo aquellos casos que merezcan ser litigados, en aras de salvaguardar los intereses integrales del Estado Peruano, lo cual incluye cuidar nuestra reputación y a nuestros inversionistas, a efectos de traer más crecimiento y sobre todo desarrollo económico al país.

Conclusiones y recomendaciones

En virtud del desarrollo de la presente tesis presentamos las siguientes conclusiones y recomendaciones a las que luego de un análisis concienzudo hemos arribado:

1. Conclusiones:

- Al ser los inversionistas extranjeros clientes del país que busca atraer su capital, y a su vez la contraparte en las controversias de inversión, resulta conveniente filtrar los reclamos que se presenten, en aras de reducir el número de contiendas que deban ser litigadas en un arbitraje internacional, y no ahuyentar la inversión extranjera.
- En razón de la ausencia de orientación política respecto a la atención de las controversias en materia de inversión extranjera, aunado a la falta de claridad sobre la finalidad de la etapa de trato directo, y la carencia de regulación del procedimiento interno y sus plazos, es factible

afirmar que la etapa de trato directo depende de la visión o criterio del Presidente de la Comisión Especial de turno, lo cual genera incertidumbre en los inversionistas extranjeros.

- Inversionistas y funcionarios públicos tienen culturas antagónicas respecto a la etapa de trato directo, siendo que mientras a los primeros les interesa solucionar la controversia en esta etapa, a los funcionarios públicos les resulta más seguro que la controversia sea dirimida por un tercero en un arbitraje internacional, a efectos que no corran el riesgo en un futuro de ser denunciados.
- Si bien consideramos como un acierto del Sicreci que este dirigido por una Comisión Especial integrada por diversos sectores del Estado, la regla que señala que sobre el representante de la entidad que opina de manera discordante a la entidad de origen del litigio recae responsabilidad, desnaturaliza la finalidad de existencia del órgano colegiado.
- La etapa de trato directo se viene realizando de manera rudimentaria, en tal sentido, se requiere que la misma se sofistique, a efectos que se cuenten con las herramientas y conocimientos técnicos necesarios para tener éxito en esta.

2. Recomendaciones

- Se recomienda que el Estado Peruano formule una política de atracción de inversión extranjera que regule el tratamiento de dicha inversión, en aras de contar con un norte claro y coordinado institucionalmente, respecto a cuál es el trato que se le debe dar a los inversionistas en los diferentes estadios de su relación con el Estado, sobre todo cuando nos encontramos ante disputas; considerando que el Perú es parte de Tratados Internacionales en los que ha asumido obligaciones sobre promoción y protección de inversiones extranjeras .Se recomienda que se modifique la Ley del Sicreci, a efectos que se señale expresamente cual es el objetivo o la meta de la etapa de trato directo, a saber constituir un periodo enfocado en buscar solucionar las controversias que se presenten con los inversionistas extranjeros de manera interna. Asimismo, se debe regular los actos y sus plazos al interior de la etapa de trato directo, todo ello en concordancia con Stucchi (2019).
- Se recomienda que se modifique la Ley del Sicreci, a efectos que se señale expresamente cual es el objetivo o la meta de la etapa de trato directo, a saber, constituir un periodo enfocado en solucionar las controversias que se presenten con los inversionistas extranjeros de manera interna. Asimismo, se debe regular los actos y sus plazos al interior de la etapa de trato directo, ello en aras de promover y garantizar la atención de las disputas presentadas por inversionistas extranjeros.

- Se recomienda que se modifique la Ley del Sicreci, a fin de que se elimine la responsabilidad del Comisionado que opina diferente a la entidad de origen del litigio, ello en aras que no se desnaturalice la razón de ser de la Comisión Especial, a saber, que el conjunto de entidades que la conforman evalúe la posibilidad de solucionar la disputa en trato directo, y no solo la entidad de origen del conflicto.
- Se recomienda que la Comisión Especial cuente con 2 equipos de trabajo distintos capacitados en sus respectivos objetivos: el primero enfocado en solucionar la controversia en la etapa de trato directo, y el segundo en dar el soporte necesario al litigio arbitral, ello con la finalidad que cada equipo pueda mentalizarse en la meta que se persigue en cada periodo, las cuales evidentemente son diferentes. Asimismo, se recomienda, de forma tangencial, que pueda existir un equipo, no necesariamente compuesto por abogados, que se encuentre encargado del seguimiento de los temas administrativos, como pago de facturas, ejecución de contratos, entre otros.
- Se recomienda que se sofisticue la etapa de trato directo, a través del uso de documentos obligatorios que sustenten el desarrollo de técnicas de negociación tales como el BATNA o el ZOPA, ello a fin que los servidores públicos que participen en la etapa de trato directo, no solo cuentan con un manejo técnico de la controversia, sino que tengan conocimiento o estudios en técnicas de negociación.
- Se recomienda que se regulen normativamente criterios objetivos que sirvan de respaldo a los funcionarios públicos, a efectos que la Comisión Especial logre superar el temor a las denuncias por elaborar propuestas de solución a las disputas que se presenten con los inversionistas en la etapa de trato directo, tales como por ejemplo el desarrollo de una fórmula metodológica similar a la que existe para la aprobación de proyectos de inversión pública,
- Se recomienda que se consigne como obligación de la Comisión Especial brindar el soporte a las entidades originarias del conflicto, apenas tomen conocimiento de la controversia, incluso antes de la notificación de inicio de disputa; ello en aras de prevenir y/o corregir la conducta que dio lugar a la controversia y evitar su escalamiento, respetando las competencias del sector involucrado y el de la Comisión Especial.
- Se recomienda que la Comisión Especial implemente un periodo post arbitraje, a fin de que luego de emitido el laudo, se realicen dos acciones, cuyos resultados deberían ser públicos: 1) se analice caso por caso la responsabilidad y posible sanción de la entidad de origen del litigio. y, 2) se extraiga la *expertis* del caso a nivel académico, a efectos que se difunda a nivel nacional en todas las entidades públicas de manera preventiva.

- Se recomienda el desarrollo de mecanismos informáticos que permiten generar redes de comunicación temprana entre las entidades del Estado a todo nivel y la Comisión Especial, a fin de reducir el exceso de formalismos para contactar entre instituciones públicas, sabiendo que cuanto más pronto se atienda una controversia, menos se permite su escalamiento. Si bien, a raíz de la actual circunstancia de la pandemia, las entidades han digitalizado sus procedimientos, consideramos que este es un punto que debería de reforzarse en el corto plazo.
- Se recomienda que los funcionarios públicos que integran la Comisión Especial ostenten cierto poder de decisión; por ende, que los representantes titulares de las entidades sean Viceministros y los representantes alternos ocupen el cargo de Director General o similares. Asimismo, que cuenten con alguna capacitación vinculada a inversión extranjera, y que dominen, por lo menos a nivel intermedio, el idioma inglés, en tanto que ello facilita de cierta manera el dialogo con los inversionistas.
- Se recomienda generar conocimiento en materia de inversión extranjera a través del establecimiento de programas de capacitación y elaboración de manuales, a efectos que todas las entidades y posibles inversionistas tengan claridad sobre el manejo de las controversias por parte del Estado Peruano. Al respecto, si bien el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos elaboró en el 2016 una Guía de Arbitraje Internacional en Inversiones, después de 5 años debería de ser actualizada la misma, teniendo en consideración no solo la teoría, sino también la practica en base a los casos llevados por el Estado peruano.
- Se recomienda que se eleve a nivel de la Ley del Sicreci la confidencialidad de las opiniones o recomendaciones producidas en el marco del proceso deliberativo de la Comisión Especial, en la etapa de trato directo.

Bibliografía

Agencia EFE (2020a). “Unctad: Inversión foránea en América Latina caerá 50% en el 2020 por impacto de COVID-19”. Sección Economía. En: *Gestión*. 16 de junio de 2020. Fecha de consulta: 23/01/2021. <<https://gestion.pe/economia/unctad-inversion-foranea-en-america-latina-caera-50-en-el-2020-por-impacto-de-covid-19-noticia/?ref=signwall>>.

Agencia EFE (2020b). “Inversión extranjera directa en Perú cayó 72% en primer semestre, señaló la Unctad”. Sección Economía. En: *Gestión*. 27 de octubre de 2020. Fecha de consulta: 22/01/2021. <<https://gestion.pe/economia/inversion-extranjera-directa-en-peru-cayo-72-en-primer-semester-senalo-la-unctad-noticia/>>.

Alonso, Luis (2010). “Implementación de Acuerdos Comerciales Preferenciales en América Latina: La Experiencia Peruana en su TLC con Estados Unidos”. Sección publicaciones. En: *Banco Interamericano de Desarrollo*. Abril de 2010. Fecha de consulta: 10/05/2021. <<https://publications.iadb.org/es/publicacion/13118/implementacion-de-acuerdos-comerciales->

preferenciales-en-america-latina-la>.

Amador, Gianni (2021). “Chile gana la carrera por atraer inversión extranjera en América Latina: supera a Uruguay y Costa Rica”. Sección Economía y Mercados. En: *América económica*. 23 de febrero de 2021. Fecha de consulta: 11/06/2021. <<https://www.americaeconomia.com/economia-mercados-finanzas/chile-gana-la-carrera-por-atraer-inversion-extranjera-en-america-latina>>.

Ampuero, Ana (2014). “Una aproximación al SICRECI: Respuesta coordinada del Estado Peruano ante controversias internacionales de inversión”. *Revista Jurídica del Consejo de Defensa Jurídica del Estado*, N° 03, diciembre 2014, p. 40.

Ampuero, Ricardo (2020). *Informe de gestión de presidente de la Comisión Especial que, representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversión, creada por Ley N°28933* (Informe N° 005-2020-EF/CE.32). Ministerio de Economía y Finanzas.

Bacaria, Jordi (2015). Elección pública. En: Universitat Oberta de Catalunya (Ed.) *Teoría de la decisión pública*. 3ra Edición. Fecha de consulta: 17/06/2021. <http://cv.uoc.edu/annotation/494fd08314cad3e5edc453456e25b026/646397/PID_00227453/PID_00227453.html>.

Bas, Magdalena (2017 [2016]). *América del Sur frente a los tratados bilaterales de inversión: ¿hacia un retorno del Estado en la solución de controversias?* [En línea]. Ediciones Universitarias, Unidad de Comunicación de la Universidad de la República. Fecha de consulta: 12/05/2021. <<https://www.csic.edu.uy/content/am%C3%A9rica-del-sur-frente-los-tratados-bilaterales-de-inversi%C3%B3n-%C2%BFhacia-un-retorno-del-estado-0>>.

Benzaquen, Licy. (2021). “Perú, entre los países más demandados ante el CIADI”. Sección opinión. En: *LexLatin*. 5 de enero de 2021. Fecha de consulta: 10/02/2021. <<https://lexlatin.com/opinion/peru-demandados-ciadi-paises>>.

Bourdieu, Pierre (1996), “Espíritus del Estado. Génesis y estructura del campo burocrático”. *Sociedad*, N° 8, Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales, UBA, abril de 1996.

Buchanan, James (1990). *Ensayos sobre economía política*. México: Alianza Editorial Mexicana.

Bullard, Alfredo (2004a). *Consultoría para la institucionalización del manejo de controversias Inversionista-Estado dentro del Estado Peruano: Diagnóstico y definición de la naturaleza del problema y definición de actores involucrados en los procesos de controversias* (Primer Informe). Ministerio de Economía y Finanzas.

Bullard, Alfredo (2004b). *Consultoría para la institucionalización del manejo de controversias*

Inversionista-Estado dentro del Estado Peruano: Tercer Entregable (Informe Final). Ministerio de Economía y Finanzas.

Cámara de Comercio de Lima (2019). “A 10 AÑOS DEL TLC CON ESTADOS UNIDOS, El tratado de libre comercio con la primera economía global potenció el comercio exterior peruano. Conozca cómo evolucionó”. *La Cámara*. Edición del 11 al 17 de febrero del 2019, N° 865, p. 3.

CIADI (2016). “Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI”. Sección recursos. En: *CIADI*. 31 de diciembre de 2016. Fecha de consulta: 18/05/2021. <<https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/reglamento-mecanismo-complementario>>.

CIADI (2021). *Carga de casos del CIADI - Estadísticas* [En línea]. CIADI Edición 2021-1. Fecha de consulta: 15/02/2021. <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/sp/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282021-1%20Edition%29%20SPA.pdf>>.

Colombo, Daniel (2020). “El análisis FODA ya fue: este es el nuevo método para detectar, motivar y retener talentos”. Sección Clase. En: *Diario de Galicia*. 16 de noviembre de 2020. Fecha de consulta: 28/01/2021. <<https://www.cronista.com/clase/trendy/Analisis-FODA-que-es-como-se-hace-para-que-sirve-como-es-el-nuevo-FOAR-para-lideres-y-emprendedores-20201116-0005.html/>>

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) (2010). *Controversias entre inversores y Estados: prevención y alternativas al arbitraje. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre políticas internacionales de inversión para el desarrollo*. [En línea]. Naciones Unidas, Nueva York. Fecha de consulta: 15/04/2021. <https://unctad.org/es/system/files/official-document/diaeia200911_sp.pdf>.

Craig, Lawrence; Park, William y Paulsson, Jan (2000). *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3a ed. New York: Ocean Publication, Inc.

Dañino, R. (2007). El CIADI: 40 años después. *THEMIS Revista De Derecho*, (53), 143-147. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8853>>.

Elster, Jon (1992). *Una introducción a Karl Marx*. [En línea]. Siglo XXI Ediciones, S. A. de C.V. Segunda Edición. Fecha de consulta: 03/02/2021. <https://www.proletarios.org/books/Elster-Introduccion_a_Karl_Marx.pdf>.

Espinosa, Roberto (2013). “La matriz de análisis DAFO (FODA)”. Sección blog. En: *RobertoEspinosa*. 29 de julio de 2013. Fecha de consulta: 28/01/2021.

<https://robertoespinosa.es/2013/07/29/la-matriz-de-analisis-dafo-foda>>.

Etchegaray, Juan y Arias, Ana. (2020). “Los beneficios de la inversión extranjera directa: Promoviendo el desarrollo económico en América Latina y el Caribe”. Sección publicaciones. En: *Banco Interamericano de Desarrollo*. Marzo de 2020. Fecha de consulta: 05/02/2021. <<http://dx.doi.org/10.18235/0002225>>.

Fernández, Carlos (2003). “Universidad y Globalización”. *Revista Tiempo Universitario*. No. 186. Caracas. Universidad Central de Venezuela (UCV).

Fisher, Roger; Patton, Bruce y Ury, William (1991). “Sí... ¡de acuerdo! Como Negociar si Ceder. [En línea]. Editorial Norma. Fecha de consulta: 10/04/2021 <https://www.u-cursos.cl/derecho/2013/2/D170A0635/3/material_docente/bajar?id_material=788282>.

Franco, Eric (2020). “La incorporación de procesos colaborativos en el contrato para lograr proyectos de construcción de alto desempeño”, en *Revista “Derecho & Sociedad”* N° 55, pg. 177-195. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23241/22230>>.

García, Pablo y López, Andrés. (2020). “La inversión extranjera directa: Definiciones, determinantes, impactos y políticas públicas”. Sección publicaciones. En: *Banco Interamericano de Desarrollo*. Setiembre de 2020. Fecha de consulta: 05/02/2021. <<http://dx.doi.org/10.18235/0002601>>.

García, Pablo; López, Andrés; Ons, Álvaro (2021). “Las políticas hacia la inversión extranjera directa”. Sección publicaciones. En: Banco Interamericano de Desarrollo. Enero de 2021. Fecha de consulta: 10/06/2021. <<http://dx.doi.org/10.18235/0003016>>.

Greco, Silvana y Brandoni, Florencia (2003). “El proceso de Mediación II”. En: *La Trama*, N° 08, diciembre 2003. Diciembre de 2003. Fecha de consulta: 04/04/2021. <<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/795/elusodeestandaresobjetivosenlamediacion.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

Hajek, Victor (1968). *Ingeniería de proyectos*. España: Ediciones Urmo, S.A.

Hernández, Roberto (2014). *Metodología de la Investigación*. [En línea]. Mc Graw Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V. Sexta edición. Fecha de consulta: 23/01/2021. <<https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf>>.

Illescas, Javier (2015). “La Solución de Controversias Inversionista-Estado en Tratados de Comercio Exterior: un ejemplo de institucionalidad oportuna y adecuada”. Sección Sinergia e Innovación. En: *Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)*. 18 de febrero de 2015.

Fecha de consulta: 29/03/2021. <<https://blogs.upc.edu.pe/sinergia-e-innovacion/conceptos/la-solucion-de-controversias-inversionista-estado-en-tratados-de>>.

Instituto Peruano de Economía (IPE) (2013). “Perú, país más atractivo para la inversión”. En: *Instituto Peruano de Economía*. 16 de julio de 2013. Fecha de consulta: 23/01/2021. <<https://www.ipe.org.pe/portal/peru-pais-mas-atractivo-para-la-inversion/>>.

McGraw Hill (1993). Globalización y su impacto en el comercio mundial y regional. En OEA (Organización de los Estados Americanos) (Ed.) *Seminario Interamericano de Infraestructura de Transporte Como Factor de Integración*. Washington, D.C. Fecha de consulta: 15/02/2021. <<https://www.oas.org/dsd/publications/unit/oea33s/begin.htm#Contents>>.

Mendíaz, María (2007). “El Estado y las políticas públicas: las visiones desde el Neoinstitucionalismo”. En: *Universidad Nacional de Rosario*. 28 de agosto de 2007. Fecha de consulta: 10/04/2021. <https://rephip.unr.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/2133/847/Mend%c3%adaz_%20El%20Estado%20y%20las%20pol%c3%adticas%20p%c3%ablicas_A1a.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Ministerio de Economía y Finanzas (2016). *Guía de Compromisos en los Acuerdos Internacionales de Inversión Y Prevención de Controversias Internacionales de Inversión en Perú*. [En línea]. Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión - Sicreci. Fecha de consulta: 11/05/2021. <https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/r_aprendizaje/Guia_preencion_contrroversias_inversiones.pdf>.

Ministerio de Energía y Minas (2016). “Bienvenida la inversión, el camino correcto”. En: *ProInversión*. 17 de noviembre de 2016. Fecha de consulta: 24/02/2021. <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/PDAC2017/ESP_003.pdf>.

Monje, Carlos (2011). *Metodología de la investigación cuantitativa y cualitativa: Guía didáctica*. Neiva, Colombia: Universidad Surcolombiana. Facultad de Ciencias Sociales y Humanas. Programa de Comunicación Social y Periodismo. <https://www.academia.edu/38640173/METODOLOG%C3%8DA_DE_LA_INVESTIGACI%C3%93N_CUANTITATIVA_Y_CUALITATIVA_Gu%C3%ADadid%C3%A1ctica>.

Morales, Lorena; Guerrero, Oriana y López, Mauricio (2009). “Una evaluación de las políticas promocionales de inversión extranjera directa en América Latina”. *Lecturas de Economía*, No. 71 (julio-diciembre 2009), p.141-168. <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=155216290005>>.

Naciones Unidas CEPAL (2020). “La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe.

2020”. Sección informes anuales. En: *Comisión Económica para América Latina y el Caribe*. Diciembre de 2020. Fecha de consulta: 10/04/2021. <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/46450-la-inversion-extranjera-directa-america-latina-caribe-2020>>.

Naciones Unidas CEPAL. División de Desarrollo Productivo y Empresarial. (2007). “Políticas efectivas para atraer inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe”. Sección publicaciones. En: *Comisión Económica para América Latina y el Caribe*. Febrero de 2007. Fecha de consulta: 08/02/2021. <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/4572-politicas-efectivas-atraer-inversion-extranjera-directa-america-latina-caribe>>.

Naciones Unidas CEPAL. División de Desarrollo Social. (2004). “Política y políticas públicas”. Sección publicaciones. En: *Comisión Económica Para América Latina y el Caribe*. Agosto de 2004. Fecha de consulta: 10/06/2021. <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/6085-politica-politicas-publicas>>.

Observatorio de Multinacionales en América Latina (OMAL) (2012). “Alertan sobre nuevo Tratado de “Libre” Comercio Trans-Pacífico”. En: *Observatorio de Multinacionales en América Latina*. 1 de enero de 2012. Fecha de consulta: 15/02/2021. <<https://omal.info/spip.php?article482>>.

OECD Global Forum on International Investment (2001). *New Horizons for Foreign Direct Investment* [En línea]. OECD. Fecha de consulta: 25/02/2021. <https://books.google.com.pe/books?id=r4XYAgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=New+Horizons+for+Foreign+Direct+Investment&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=New%20Horizons%20for%20Foreign%20Direct%20Investment&f=false>.

Organización de los Estados Americanos (OEA) (2012) “El Proyecto”. Sección del Departamento de Derecho Internacional (DDI) En: *OEA*. 12 de diciembre de 2012. Fecha de consulta: 22/06/2021. <http://www.oas.org/es/sla/ddi/arbitraje_comercial_proyecto_antecedentes_importacia.asp>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2011). “OCDE Definición Marco de Inversión Extranjera Directa: Cuarta Edición, Editions OCDE”. En: *OECDiLibrary*. 1 de diciembre de 2011. Fecha de consulta: 10/04/2021. <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264094475-es>>.

Ponce, Humberto (2006). “La matriz FODA: una alternativa para realizar diagnósticos y determinar estrategias de intervención en las organizaciones productivas y sociales”.

Contribuciones a la Economía, setiembre 2006.

Prialé, Javier (2020). “BCR prevé que inversión extranjera directa caerá 82.5% en el 2020”. Sección Economía. En: *Gestión*. 23 de junio de 2020. Fecha de consulta: 20/02/2021. <<https://gestion.pe/economia/bcr-preve-que-inversion-extranjera-directa-caeria-825-en-el-2020-noticia/>>.

Puchol, Luis y Puchol, Isabel (2014). *El libro de la negociación*. [En línea]. Diaz de Santos. Cuarta edición. Fecha de consulta: 22/06/2021. <<https://galleton.net/index.php/es/libros-pdf/libros-varios/item/19921-el-libro-de-la-negociacion-4ta-edicion-pdf-luis-puchol>>.

Redacción Gestión (2019). “Falta de institucionalidad”. Sección editorial. En: *Gestión*. 18 de octubre de 2020. Fecha de consulta: 22/06/2021. <<https://gestion.pe/opinion/editorial/editorial-falta-de-institucionalidad-noticia/?ref=gesr>>.

San Juan, P. (2016). “Bachelet lanzó la estrategia de fomento y promoción de la inversión extranjera”. Sección publicaciones. En: *LATERCERA*. 24 de mayo de 2016. Fecha de consulta: 10/06/2021. <<https://www.latercera.com/noticia/bachelet-lanzo-la-estrategia-de-fomento-y-promocion-de-la-inversion-extranjera/>>.

SECOM (Secretaría de Comunicaciones del Gobierno de Chile) (2016). “Mandataria recibe Estrategia de Fomento y Promoción de la Inversión Extranjera”. Sección noticias. En: *Gob.cl*. 24 de mayo de 2016. Fecha de consulta: 12/05/2021. <<https://www.gob.cl/noticias/mandataria-recibe-estrategia-de-fomento-y-promocion-de-la-inversion-extranjera/>>.

SEMANAeconómina (2019). “Perú cayó 8 puestos en el ranking Doing Business 2020”. Sección editorial. Sección Qué está pasando. En: *SEMANAeconómina*. 24 de octubre de 2019. Fecha de consulta: 22/06/2021. <<https://www.semanaeconomica.com/que-esta-pasando/articulos/376734-peru-cayo-8-puestos-en-el-ranking-doing-business-2020>>.

SIKKINK, Kathryn (1993). “Las capacidades y la autonomía del Estado en Brasil y Argentina: un enfoque neoinstitucionalista, Desarrollo Economico”. *Revista de Ciencias Sociales*, N° 128, Buenos Aires, IDES, 1993. <<https://silo.tips/download/las-capacidades-y-la-autonomia-del-estado-en-brasil-y-la-argentina-un-enfoque-ne>>.

Stucchi, Pierino (2019). “La protección internacional de la inversión extranjera en el Perú”. Sección reglas de juego. En: *Gestión*. 31 de octubre de 2029. Fecha de consulta: 22/05/2021. <<https://gestion.pe/blog/reglasdejuego/2019/10/la-proteccion-internacional-de-la-inversion-extranjera-en-el-peru.html/?ref=gesr>>.

Toboso, Fernando (1996). “Sobre el enfoque de la Elección Pública Positiva y la Economía Política Constitucional: potencialidades y limitaciones”. *Cuadernos de Economía*, vol 29, Sept.-Dic. 1996, Barcelona. Fecha de consulta: 24/01/2021. <<https://www.uv.es/econinst/papers/toboso1996-cuadernos.pdf>>.

Treviño, Francisco (2019). “Medios alternativos para la solución de controversias”. Sección publicaciones. En: *Banco Interamericano de Desarrollo*. Julio de 2019. Fecha de consulta: 24/05/2021. <<http://dx.doi.org/10.18235/0001787>>.

UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo) (2020). “Informe sobre las inversiones en el mundo 2020, La producción internacional después de la pandemia”. En: *Naciones Unidas, Ginebra*. Enero de 2020. Fecha de consulta: 15/05/2021. <https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_es.pdf>.

Valderrama, Carlos (2018). “Peru’ – Buenas Prácticas de Cómo Enfrentar Demandas Internacionales Iniciadas por Inversionistas Privados”. *Revista del CIADI - Revista de Derecho de Inversión Extranjera*, Vol. 33, No. 1 (2018), pp. 103–124. <<https://in.booksc.org/book/72335862/42c83f>>.

Valderrama, Carlos (2015). *Informe de gestión y entrega de cargo*. (Informe N° 021-2015-EF/CE.36.PCE). Ministerio de Economía y Finanzas.

Valdez, Alvaro (2018). *El efecto de la apertura comercial y la inversión extranjera directa en el crecimiento económico del Perú, 2007-2016* [Tesis doctoral, Universidad de Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio institucional de Tesis Digitales de la Universidad de Universidad Nacional Mayor de San Marcos. <<https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/10087>>.

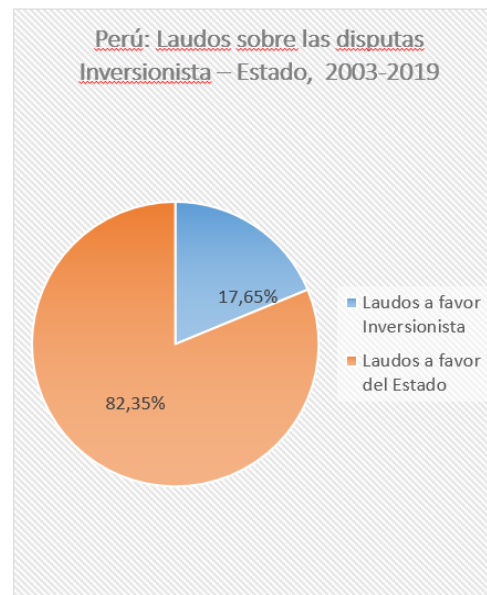
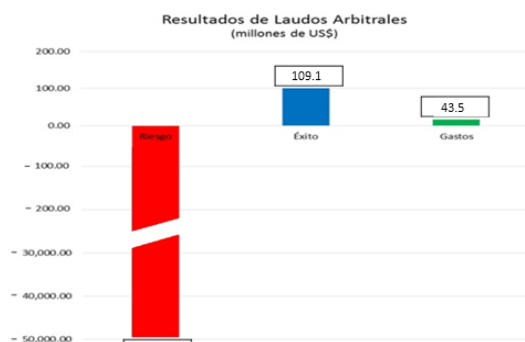
Vásquez, Claudia (2012). *Análisis FODA*. [Proyectable]. Universidad Autónoma del Estado de México. <<http://hdl.handle.net/20.500.11799/69284>>

Anexos

Anexo 1. Sistema de solución de controversias: Balance 2019

Resumen de resultados

13/16	Resultados favorables y casos concluidos
\$ 50.3 m	Riesgo para el Perú en casos concluidos
\$ 43.4 m	Monto ordenado contra el Perú en los laudos
\$ 109.1 m	Monto reconocido a favor de Perú
\$ 43.5 m	Gastos de abogados



Cuadro elaborado por la Comisión Especial del SICRECI

Al respecto, podemos comentar que de las controversias en las que el Perú ha sido demandado y que ya han concluido, dos (2) fueron resueltas por acuerdo de las partes (Compagnie Minière Internationale Or e Isolux Corsán), siete (7) concluyeron en arbitrajes en los que se le dio la razón al Perú (Lucchetti, Aguaytia Energy, Convial, Caravelí Cotaruse, Renée Rose Levy de Levi/Banco Nuevo Mundo, Renée Rose Levy de Levi/Gremcitel y Doe Run), tres (3) en arbitrajes en los que se declaró fundada en parte la demanda a favor del inversionista extranjero (Duke Energy, Bear Creek, y Tza Yap Shum), aunque se redujo considerablemente el monto reclamado por el demandante, y uno (1) en el cual el inversionista se desistió de su pretensión antes de que el Tribunal Arbitral emita su Laudo (caso DP World).

Anexo 2. Listas de Acuerdos Internacionales de inversión celebrados por Perú en los cuales se regula el trato directo

Nro.	Tipo de Acuerdo	País suscriptor	Fecha de suscripción	Fecha de entrada en vigor	Texto
1	Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	Confederación Suiza	22/11/1991	23/11/1993	<p>ARTÍCULO 9 – SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE UNA PARTE CONTRATANTE Y UN INVERSIONISTA DE LA OTRA PARTE CONTRATANTE</p> <p>(1) A fin de solucionar amigablemente las controversias entre una de las partes contratantes o un inversionista de la otra parte contratante, y sin perjuicio del artículo 10 del presente Convenio (solución de controversias entre las partes contratantes), se realizarán consultas entre las partes interesadas.</p> <p>(2) Si estas consultas no conducen a una solución, la controversia será sometida a la jurisdicción nacional de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.</p> <p>(3) Si en un plazo de dieciocho meses no existe una decisión de los tribunales nacionales competentes sobre el fondo del asunto, o si existiendo tal decisión una de las partes en la controversia considera que la misma infringe una disposición del presente Convenio, la controversia podrá ser sometida a un tribunal ad hoc.</p>
2	Convenio para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	Gobierno de la República de Corea	03/06/1993	20/04/1994	<p>Artículo 8.-SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SOBRE INVERSIONES ENTRE UNA PARTE CONTRATANTE Y UN INVERSIONISTA DE LA OTRA PARTE CONTRATANTE</p> <p>Cualquier controversia entre cualquiera de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante, incluyendo la expropiación o nacionalización de una inversión, deberá ser solucionada, en lo posible, de una manera amigable por las Partes discrepantes.</p>
3	Convenio sobre Promoción y Protección de Inversiones	Gobierno de la República de Bolivia	30/07/1993	19/03/1995	<p>ARTICULO 11° - ARREGLO DE DIFERENDOS ENTRE UNA PARTE CONTRATANTE Y UN NACIONAL DE LA OTRA PARTE CONTRATANTE</p> <p>(1) Las controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un nacional de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones en el sentido del presente Convenio deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las Partes en la controversia.</p> <p>(2) Si una controversia en el sentido del</p>

Nro.	Tipo de Acuerdo	País suscriptor	Fecha de suscripción	Fecha de entrada en vigor	Texto
					apartado (1) no pudiera ser resuelta dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.
4	Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones	Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	04/10/1993	21/04/1994	<p>ARTÍCULO 10: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE UNA PARTE CONTRATANTE Y UN NACIONAL DE OTRA PARTE CONTRATANTE⁶³</p> <p>(1) Cualquier disputa legal que surja entre una Parte Contratante y un nacional o compañía de la otra Parte Contratante concerniente a una inversión de esta última en el territorio de la primera deberá, en la medida de lo posible, ser solucionado amigablemente entre las dos partes concernidas.</p> <p>(2) Si cualquier controversia no puede ser solucionada dentro de tres meses entre las dos partes en disputa a través de una solución amigable, recursos locales u otros medios, cada Parte Contratante, por la presente, consiente en someter la controversia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (de aquí en adelante referido como “el Centro”) para la solución mediante conciliación o arbitraje bajo lo dispuesto en la Convención para la Solución de Controversias en materia de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados abierto para la firma en Washington, el 18 de marzo de 1965).</p>
5	Convenio sobre Promoción y Protección	Gobierno de la República Francesa	06/10/1993	30/05/1996	<p>Artículo 8</p> <p>(1) Toda controversia relativa a una inversión entre una parte y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante</p>

⁶³ Texto original en inglés:

“Article 10: Settlement of Disputes between a Contracting Party and a National of the other Contracting Party

- (1) ***Any legal dispute arising between one Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former shall, as far as possible, be settled amicably between the two parties concerned.***
- (2) ***If any such dispute cannot be settled within three months between the parties to the dispute through amicable settlement, pursuit of local remedies or otherwise, each Contracting Party hereby consents to submit it to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter referred to as “the Centre”) for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature at Washington on 18 March 1965.”***

Nro.	Tipo de Acuerdo	País suscriptor	Fecha de suscripción	Fecha de entrada en vigor	Texto
	Recíproca de Inversiones				<p>será amigablemente dirimida entre las partes en la controversia.</p> <p>(2) Si tal controversia no hubiese podido ser solucionada en un plazo de seis meses a partir del momento en que cualquiera de las partes en la controversia la hubiera planteado, será sometida, a pedido de cualquiera de las partes, al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas (CIADI), creado por la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, firmada en Washington el 18 de marzo de 1965.</p>
6	Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	Gobierno de la Republica de Colombia	26/04/1994	21/03/2004	<p>ARTICULO 12° - ARREGLO DE CONTROVERSIAS ENTRE UNA PARTE CONTRATANTE Y UN NACIONAL O EMPRESA DE LA OTRA PARTE CONTRATANTE.</p> <p>(1) Las controversias de naturaleza jurídica que surjan entre una Parte Contratante y un nacional o empresa de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones de que trata el presente Convenio deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.</p> <p>(2) Si una controversia no pudiera dirimirse de manera amigable por las partes dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la notificación escrita del reclamo, podrá someterse al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera realizado la inversión, o al arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante denominado “el Centro”).</p>
7	Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	Gobierno del Reino de Suecia	03/05/1994	01/08/1994	<p>ARTÍCULO 8 - CONTROVERSIAS ENTRE UN INVERSIONISTA Y UNA PARTE CONTRATANTE</p> <p>(1) Cualquier controversia legal que surja entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante concerniente a una inversión de esta última en el territorio de la primera deberá, en la medida de lo posible, resolverse amistosamente entre las dos partes implicadas.</p> <p>(2) Si cualquier controversia de ese tipo no puede ser resuelta dentro de un periodo de tres meses entre las partes en controversia a través de una solución amistosa, la aplicación de recursos</p>

Nro.	Tipo de Acuerdo	País suscriptor	Fecha de suscripción	Fecha de entrada en vigor	Texto
					locales o de cualquier otra manera, cada parte contratante, por el presente documento, consiente en someterla al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones para un arreglo mediante conciliación o arbitraje bajo la Convención sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre estados y nacionales de otros Estados, abierta a la firma en Washington D.C. el 18 de marzo de 1965, a condición de que, si el inversionista en cuestión ha llevado la controversia ante las cortes de justicia de la parte contratante, que es parte en la controversia, no se haya emitido una sentencia final dentro del periodo de tres meses.
9	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	Reino de España	17/11/1994	16/02/1996	<p>ARTÍCULO 9 - CONTROVERSIAS ENTRE UNA PARTE CONTRATANTE E INVERSORES DE LA OTRA PARTE CONTRATANTE</p> <p>Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las partes contratantes y un inversor de la otra parte contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversor a la parte contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.</p>
10	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	República Portuguesa	22/11/1994	18/10/1995	<p>Artículo 7</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las controversias que surjan entre un inversionista de una parte contratante y la otra parte contratante referentes a las inversiones realizadas de conformidad con el presente acuerdo serán, en la medida de lo posible, resueltas de forma amigable por las partes en controversia. 2. Si esas controversias no pudieran ser resueltas en el plazo de seis meses, a partir de la fecha en la cual cualquiera de las partes requiera una resolución amigable, el inversionista puede someter las controversias al tribunal competente de la parte contratante en cuestión.
12	Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca	República Federal de Alemania	30/01/1995	01/05/1997	Artículo 10.- Las controversias que surgieran entre una de las partes contratantes y un nacional o una sociedad de la otra parte contratante en relación con las inversiones, en el sentido del presente convenio, deberán, en lo posible, ser dirimidas entre las partes en

Nro.	Tipo de Acuerdo	País suscriptor	Fecha de suscripción	Fecha de entrada en vigor	Texto
	de Inversiones				la controversia.
12	Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	Australia	07/12/1995	02/02/1997	<p>ARTICULO 13.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE UNA PARTE Y EL INVERSIONISTA DE LA OTRA PARTE</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. En el evento de una controversia entre una Parte y un inversionista de la otra Parte relacionado a una inversión, las partes en controversia deberán inicialmente buscar resolver la disputa mediante consultas y negociaciones. 2. Si la controversia en cuestión no puede ser resuelta a través de consultas y negociaciones, cualquier parte en disputa puede: <ol style="list-style-type: none"> (a) En concordancia con el derecho de la Parte que admitió la inversión, iniciar procedimientos ante las entidades competentes judiciales o administrativas de la Parte; (b) Si ambas Partes son partes de la Convención para la Solución de Disputas de Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 ("la Convención")
13	Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	Gobierno de la República de Venezuela	12/01/1996	18/09/1997	<p>ARTICULO 10.- ARREGLO DE CONTROVERSIAS ENTRE UNA PARTE CONTRATANTE Y UN NACIONAL DE LA OTRA PARTE CONTRATANTE</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) Las controversias que surgieren entre un nacional o sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante respecto del cumplimiento por esta del presente Convenio, deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia. (2) Si una controversia en el sentido del párrafo (1) no pudiera ser resuelta dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición del nacional o sociedad de que se trate: <ol style="list-style-type: none"> (a) Al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión; o, (b) A arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias

Nro.	Tipo de Acuerdo	País suscriptor	Fecha de suscripción	Fecha de entrada en vigor	Texto
					relativas a las inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", firmado en Washington el 18 de marzo de 1965; o, según el caso, al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI. En caso de no estar disponible el CIADI ni el Mecanismo Complementario, la controversia se someterá, a petición del nacional o sociedad, a arbitraje conforme a las reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).
14	Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	Gobierno de la República de Cuba	10/10/2000	25/11/2001	<p>ARTÍCULO 8.- ARREGLO DE CONTROVERSIAS ENTRE UNA PARTE CONTRATANTE Y UN INVERSIONISTA DE LA OTRA PARTE CONTRATANTE</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones realizadas de conformidad con el presente Convenio deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia. 2. Si una controversia en el sentido del párrafo (1) no pudiera ser resuelta dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya notificado a la Otra, será sometida, a petición de una de ellas: <ol style="list-style-type: none"> (a) Al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión; (b) A un tribunal de arbitraje ad hoc designado de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). 3. Una vez que se haya sometido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o al arbitraje internacional, bajo alguno de los foros indicados, la elección de tal procedimiento será definitiva.



Nro.	Tipo de Acuerdo	País suscriptor	Fecha de suscripción	Fecha de entrada en vigor	Texto
					4. El laudo arbitral será definitivo y vinculante, y cada Parte lo deberá cumplir de acuerdo con su legislación.
15	Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	Gobierno de la Republica de Singapur	27/02/2003	12/08/2006	<p>ARTICULO 13.-CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIÓN</p> <p>Cualquier disputa entre un inversor de una de las Partes Contratantes y la otra Parte Contratante en conexión con una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante, relacionado a la alegación del incumplimiento de una obligación bajo este Acuerdo, deberá, en la medida de lo posible, ser solucionado amigablemente a través de negociaciones entre las partes en controversia.</p>
16	Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	Canadá	14/11/2006	20/06/2007	<p>ARTICULO 25.- SOLUCION DE UNA DEMANDA A TRAVES DE CONSULTAS</p> <p>Antes de que el inversionista presente una demanda de arbitraje, las partes en disputa deberán sostener consultas en un intento de solucionar la demanda amigablemente.</p> <p>Las consultas deberán ser realizadas dentro de los 30 días de la presentación de la notificación de intención de someter la controversia en arbitraje, a menos que las partes en controversia dispongan lo contrario.</p> <p>El lugar de las consultas deberá ser la capital de la Parte en controversia, a menos que el inversionista acuerde otra cosa.</p>
17	Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	Japón	21/11/2008	10/12/2009	<p>ARTICULO 10.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIÓN ENTRE UNA PARTE CONTRATANTE Y UN INVERSIONISTA DE LA OTRA PARTE CONTRATANTE</p> <p>Para los propósitos de este Artículo, una controversia en materia de inversión entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante que ha incurrido en pérdidas o daños por razón de, o que haya surgido de, un alegado incumplimiento de una obligación bajo este Acuerdo con respecto al inversionista de la otra Parte o sus inversiones en el área de la primera Parte Contratante.</p> <p>Debe solucionarse, en la medida de lo posible, amigablemente a través de consultas y negociaciones.</p>

Nro.	Tipo de Acuerdo	País suscriptor	Fecha de suscripción	Fecha de entrada en vigor	Texto
18	Tratado de Libre Comercio	Estados Unidos	12/04/2006	01/02/2009	<p>ARTÍCULO 10.15: CONSULTAS Y NEGOCIACIÓN</p> <p>En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de carácter no obligatorio con la participación de terceras partes.</p>
19	Tratado de Libre Comercio	Chile	22/08/2006	01/03/2009	<p>ARTÍCULO 11.15: CONSULTAS Y NEGOCIACIÓN</p> <p>En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que pudiera incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no obligatorio.</p>
20	Tratado de Libre Comercio	Canadá	29/05/2008	01/08/2009	<p>ARTÍCULO 822: SOLUCIÓN DE UNA RECLAMACIÓN A TRAVÉS DE CONSULTA</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Antes de que un inversionista contendiente pueda presentar una reclamación a arbitraje, las partes contendientes sostendrán consultas primero en un intento de solucionar la reclamación amigablemente. 2. Las consultas se llevarán a cabo dentro de los seis meses de presentación de la Notificación de Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje, a menos que las partes contendientes lo acuerden de otro modo. 3. El lugar de la consulta será la capital de la Parte contendiente, a menos que las partes contendientes lo acuerden de otro modo.
21	Tratado de Libre Comercio	China	28/04/2009	01/03/2010	<p>ARTÍCULO 139: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cualquier controversia entre un inversionista de una Parte y la otra Parte relativa a una inversión en el territorio de la otra Parte será, en la medida de lo posible, resuelta amigablemente a través de negociaciones entre las partes de la controversia.




Nro.	Tipo de Acuerdo	País suscriptor	Fecha de suscripción	Fecha de entrada en vigor	Texto
22	Tratado de Libre Comercio	Corea	14/11/2010	01/08/2011	<p>ARTÍCULO 9.16: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Este Artículo aplicará a las controversias entre una Parte y un inversionista de la otra Parte con respecto a un alegado incumplimiento de una obligación por parte de aquella Parte, bajo este Capítulo, que cause pérdida o daño al inversionista o a sus inversiones. 2. Las partes contendientes buscarán inicialmente resolver la controversia a través de consultas y negociaciones, que podrá incluir el uso de procedimientos no vinculantes a cargo de terceras partes.
23	Tratado de Libre Comercio	Estados Unidos Mexicanos	06/04/2011	01/02/2012	<p>ARTÍCULO 11.19: NOTIFICACIÓN Y CONSULTAS</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia por vía de consultas o negociación. 2. Con el objeto de resolver la controversia de forma amistosa, el inversionista contendiente notificará por escrito a la Parte contendiente su intención de someter la reclamación a arbitraje cuando menos 6 meses antes de que la reclamación sea presentada de conformidad con el Anexo al Artículo 11.19. La notificación especificará: <ol style="list-style-type: none"> a) el nombre y domicilio del inversionista contendiente y, cuando la reclamación sea realizada por un inversionista en representación de una empresa de conformidad con el Artículo 11.20, el nombre y el domicilio de la empresa; b) las disposiciones de la Sección B de este Capítulo presuntamente incumplidas y cualquier otra disposición aplicable; c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación; y d) la reparación solicitada y el monto aproximado de los daños reclamados.
24	Protocolo de la Alianza del	Peru, México, Chile y Colombia	10/02/2014	01/05/2016	<p>ARTÍCULO 10.15: CONSULTAS Y NEGOCIACIÓN</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. En caso de una controversia relativa a

Nro.	Tipo de Acuerdo	País suscriptor	Fecha de suscripción	Fecha de entrada en vigor	Texto
	Pacifico				<p>una inversión, las partes contendientes deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, con el objeto de resolver la controversia de forma amistosa, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de carácter no vinculante con la participación de terceras partes tales como, buenos oficios, conciliación y mediación.</p> <p>2. El procedimiento de consultas y negociación se iniciará con la solicitud escrita que será remitida al demandado y deberá incluir la información señalada en el Artículo 10.16.2 (a) y 2 (b) y una breve descripción de los hechos que dieron lugar al inicio de las consultas.</p> <p>3. Las consultas se llevarán a cabo durante un plazo mínimo de seis meses.</p> <p>4. Para mayor certeza, el inicio de las consultas y negociaciones no debe ser interpretado como el reconocimiento de la jurisdicción del tribunal.</p>

Anexo 3. Oficio que adjunta los Informes elaborados por el Doctor Alfredo Bullard, a pedido del Ministerio de Economía y Finanzas, como Consultoría para la institucionalización del manejo de controversias Inversionista-Estado dentro del Estado Peruano

		PERÚ	Ministerio de Economía y Finanzas	Secretaría General	Oficina General de Servicios al Usuario
"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES" "AÑO DEL BICENTENARIO DEL PERÚ: 200 AÑOS DE INDEPENDENCIA"					
Lima, 15 de febrero de 2021					
<u>OFICIO N° 0344-2021-EF/45.02</u>					
Señor FRANCIS TORRES FERNÁNDEZ francisemilytorresfernandez@gmail.com Presente.-					
Asunto : Acceso a la Información Pública que produzca o posea el MEF					
Referencia : Solicitud Web N° SOLI-2021-32427286 (HR 017526-2021)					
Tengo a bien dirigirme a usted, con relación al documento de la referencia, mediante el cual solicitó lo siguiente:					
	<ul style="list-style-type: none">• "(...) REQUIERO LOS INFORMES PRODUCIDOS COMO CONSECUENCIA DE LAS CONSULTORÍAS REALIZADAS POR EL DOCTOR ALFREDO BULLARD, PARA LA CREACIÓN DEL SICRECI, ENTRE LOS AÑOS 2003 Y 2007 O EN TODO CASO SU AUTORIZACIÓN A FIN DE PERMITIR QUE EL MENCIONADO ABOGADO SE SIRVA PROPORCIONARNOS LA. (...)".				
<small>Firmado Digitalmente por CHAVEZ COTAQUISPE Monica Diana FAU 20131370645 soft Fecha: 15/02/2021 17:34:11 COT Motivo: Doy V° B°</small>	Al respecto, es oportuno precisar, que de acuerdo al artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS, las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.				
Sobre el particular, en atención a su solicitud, la Presidenta de la Comisión Especial – Ley N° 28933 de la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad a través del Memorando N° 006-2021-EF/32, remitió a este despacho la información solicitada, lo cual se comunica para conocimiento; dándose por atendida su solicitud de acceso a la información pública.					
Es propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi especial consideración.					
Atentamente,					
DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE ANA TERESA MARTÍNEZ ZVALETA Directora General de la Oficina General de Servicios al Usuario					
<small>Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Economía y Finanzas, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026 -2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web https://apps4.mineco.gob.pe:443/sti?ctrl=20f9283a-5f07-4770-adca-b2d285d71686-644987 ingresando el siguiente código de verificación EFHFFKJl</small>					
<small>Firmado Digitalmente por MARTÍNEZ ZVALETA Ana Teresa FAU 20131370645 soft Fecha: 15/02/2021 18:41:11 COT Motivo: Firma Digital</small>					<small>Sede Central Jr. Junín N° 319, Lima 1 Tel. (511) 311-5930 www.mef.gob.pe</small>

Anexo 4. Oficio que adjunta información sobre el presupuesto otorgado a la Comisión Especial del Sicreci durante el año 2019, 2020 y 2021, para el ejercicio de sus funciones.

		PERÚ	Ministerio de Economía y Finanzas	Secretaría General	Oficina General de Servicios al Usuario
"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES" "AÑO DEL BICENTENARIO DEL PERÚ: 200 AÑOS DE INDEPENDENCIA"					
Lima, 12 de abril de 2021					
<u>OFICIO N° 0698-2021-EF/45.02</u>					
Señor FRANCIS TORRES FERNANDEZ francisemilytorresfernandez@gmail.com <u>Presente.</u> -					
Asunto : Acceso a la Información Pública que produzca o posea el MEF					
Referencia : Solicitud Web N° SOLI-2021-32427546 (HR 043382-2021)					
Tengo a bien dirigirme a usted, con relación al documento de la referencia, mediante el cual solicitó lo siguiente:					
 MEF	<ul style="list-style-type: none">• "(...) REQUIERO SABER CUÁL FUE EL PRESUPUESTO OTORGADO A LA COMISIÓN ESPECIAL DEL SICRECI DURANTE EL AÑO 2019, 2020 Y 2021, PARA EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES. (...)".				
	<p>Al respecto, es oportuno precisar, que de acuerdo al artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS, las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.</p> <p>En ese sentido, se remite la respuesta brindada por la Presidenta de la Comisión Especial – Ley N° 28933 de la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad a través del Memorando N° 023-2021-EF/32; lo cual se comunica para su conocimiento. Se adjunta al presente el citado documento.</p> <p>Es propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi especial consideración.</p> <p>Atentamente,</p>				
DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE ANA TERESA MARTÍNEZ ZAVALA Directora General de la Oficina General de Servicios al Usuario					
 BICENTENARIO PERÚ 2021	Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Economía y Finanzas, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 del D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web https://apps4.mineco.gob.pe:443/stl?ctrl=a8487dce-4288-4388-93a3-223f9078c6a4-863334 ingresando el siguiente código de verificación EFHHEEEF				
	Firmado Digitalmente por MARTÍNEZ ZAVALA Ana Teresa FAU 202113170645 soft Fecha: 12/04/2021 14:05:18 COT Motivo: Firma Digital				

Anexo 5. Memorando que adjunta información sobre el número de solicitudes ingresadas para el inicio del procedimiento de trato directo desde el año 2015 hasta la fecha actual.



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
COMISIÓN ESPECIAL
LEY N° 28933

"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"
"AÑO DEL BICENTENARIO DEL PERÚ: 200 AÑOS DE INDEPENDENCIA"

MEMORANDO N° 037-2021-EF/32

Para : Señor
JOSÉ ALFREDO LA ROSA BASURCO
Director General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad

Asunto : Solicitud de acceso a la información pública presentada por la señora **FRANCIS TORRES FERNANDEZ**

Ref. : Memorando N° 1010-2021-EF/45.02, de fecha 21.04.2021
(Hoja de Ruta N° 054444-2021)

Fecha : 05 de mayo de 2021

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual se corre traslado de la solicitud de acceso a la información pública presentada por la señora **FRANCIS TORRES FERNANDEZ**, al amparo de lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2019-JUS, con relación a lo siguiente:

"DESCRIPCIÓN DE LA SOLICITUD: SOLICITO SE ME INDIQUE EL NÚMERO DE SOLICITUDES INGRESADAS PARA EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE TRATO DIRECTO DESDE EL AÑO 2015 HASTA LA FECHA ACTUAL. SÍRVASE POR FAVOR PRECISAR DENTRO DE ESE GRUPO LO SIGUIENTE: A. NÚMERO DE SOLICITUDES SOLUCIONADAS EN LA ETAPA DE TRATO DIRECTO, B. NÚMERO DE SOLICITUDES RETIRADAS, C. NÚMERO DE SOLICITUDES QUE NO LLEGARON A ACUERDO ALGUNO, D. NÚMERO DE SOLICITUDES QUE HAN DADO ORIGEN AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN, E. NÚMERO DE SOLICITUDES PENDIENTES A LA FECHA. ASIMISMO, QUISIERA SE FACILITE EL INFORME DE GESTIÓN DEL DOCTOR AMPUERO, EN SU CALIDAD DE EX PRESIDENTE DE LA COMISIÓN ESPECIAL."

Sobre el particular, de acuerdo a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, y en base a la información que consta en el acervo documentario de la Comisión Especial creada mediante Ley N° 28933, Ley que Establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión ("**Ley N° 28933**"), se cumple con informar, en representación de la Comisión Especial, lo siguiente:

AÑO	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Solicitudes ingresadas para el inicio de trato directo	3	11	8	7	13	10	1
A. Solicitudes solucionadas ¹	1						

¹ Conforme al artículo 13 del Reglamento de la Ley N° 28933, el cual establece lo siguiente:

*Artículo 13.- Transacción, Conciliación y Acuerdo de Solución Amistosa



MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
COMISIÓN ESPECIAL
LEY N° 28933

"DECENIO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA MUJERES Y HOMBRES"
"AÑO DEL BICENTENARIO DEL PERÚ: 200 AÑOS DE INDEPENDENCIA"

B. Solicitudes retiradas	1
C. Solicitudes que no llegaron a acuerdo ²	44
D. Solicitudes que han dado origen a arbitraje ³	21
E. Solicitudes pendientes	8

Asimismo, se cumple con remitir el Informe N° 005-2020-EF/CE.32 de fecha 30 de noviembre de 2020, elaborado por el señor Ricardo Ampuero Llerena, y presentado por el citado funcionario para informar a la Comisión Especial sobre la gestión realizada durante el período de junio 2016 – noviembre 2020; y el Informe 024-2021-EF/ 32, elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión Especial, en virtud al cual se sustenta la denegatoria de determinada información contenida en el referido Informe bajo los supuestos previstos en el artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Conforme a lo señalado, la Comisión Especial da por atendida la solicitud de acceso a la información pública presentada por la señora **FRANCIS TORRES FERNANDEZ**.

Atentamente,

VANESSA RIVAS PLATA SILDARRIAGA
Presidenta
Comisión Especial - Ley N° 28933

La Comisión Especial podrá recomendar una fórmula de transacción, conciliación y/o suscripción de un acuerdo de solución amistosa en una controversia dada, sea en un proceso arbitral, de conciliación o en la etapa de trato directo. La fórmula deberá ser autorizada, previo informe al Consejo de Ministros, mediante Resolución Suprema refrendada por los ministros de los sectores que conforman la Comisión Especial y, de ser el caso, por el Ministro del Sector que cumplirá tal fórmula de transacción, conciliación y/o acuerdo de solución amistosa."

² Ibidem.

³ Se entienden como solicitudes de trato directo que procedieron a arbitrajes bajo el ámbito del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión.

Nota biográfica

Francis Emily Torres Fernández

Nació en Lima, el 06 de octubre de 1985. Abogada Colegiada, egresada de la Universidad Tecnológica Del Perú con calificaciones de quinto superior. Cuenta con un Título de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales expedido por la Pontificia Universidad Católica del Perú, así como con estudios realizados tanto a nivel nacional como internacional en materia de Derecho Administrativo, Gestión Pública, Contratación Pública, Arbitraje, y Manejo y Resolución de Conflictos.

Tiene más de 8 años de experiencia a nivel profesional, tanto a nivel público como privado, habiendo ejercido como Secretaria Arbitral en casos nacionales. Asimismo, ha sido Asesora Legal de la Autoridad Nacional del Agua y del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, y el presente año se encuentra ejerciendo como mamá a tiempo completo.

Enrique Jesús Cabrera Gómez

Nació en Lima, el 14 de setiembre de 1982, Abogado Colegiado, egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con Maestría en Derecho Internacional Económico otorgada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, así como con estudios realizados tanto a nivel nacional como internacional, en materia de Gobernabilidad, Gerencia Política, Gestión Pública y en Derecho Internacional de las Inversiones. Ha sido docente y expositor en diversas materias relacionadas directamente con el Derecho Internacional de las Inversiones.

Tiene más de 10 años de experiencia como abogado en diversas entidades estatales, habiendo ocupado el cargo de Coordinador en Negociación de Inversiones en el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, y actualmente ejerce como abogado de la Secretaria Técnica de la Comisión Especial del Sicreci en el MEF. Cabe señalar que todo lo señalado en el presente trabajo de investigación, es de entera responsabilidad del suscrito, y no representa la posición de la entidad o entidades en la cual labora o ha laborado, habiéndose producido el presente trabajo en un contexto netamente académico.